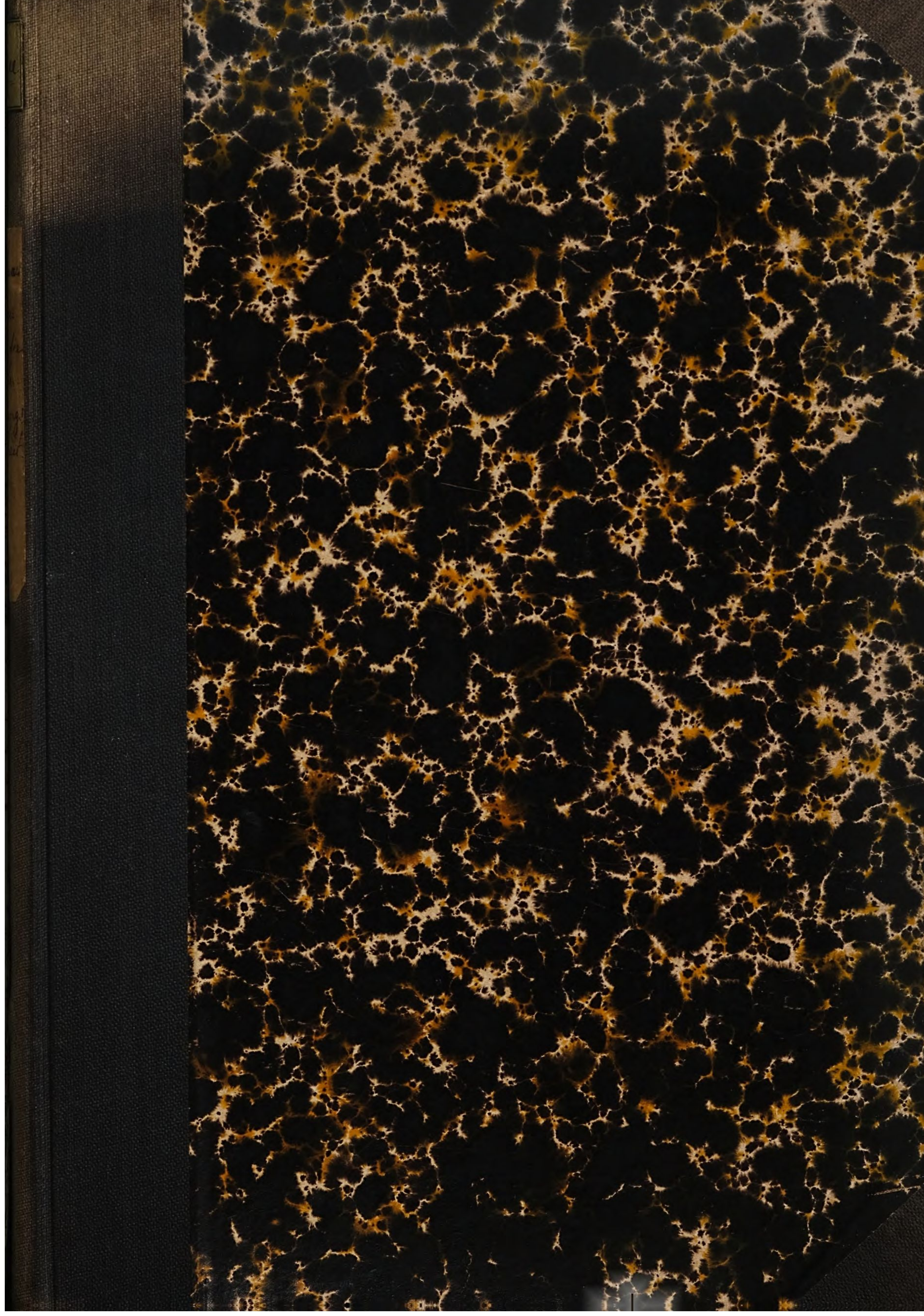




Helv. 168^u

Bertheau



✓ DIE BUNDESRECHTLICHE PRAXIS
BETREFFEND DIE
NIEDERLASSUNGSFREIHEIT, GEWERBEFREIHEIT
UND
POLITISCHE STIMMBERECHTIGUNG.

INAUGURALDISSERTATION
ZUR
ERLANGUNG DER WÜRDE EINES DOKTORS BEIDER RECHTE
DER
HOHEN STAATSWISSENSCHAFTLICHEN FAKULTÄT
DER
UNIVERSITÄT ZÜRICH
VORGELEGT VON
TH. BERTHEAU AUS LICHTENSTEIG (ST. GALLEN).

ZÜRICH.
DRUCK VON ULRICH & CO. IM BERICHTHAUS.
1895.



1. Die Niederlassungsfreiheit.

I. Historische Einleitung¹⁾.

Bei der Regelung des Niederlassungswesens hat die Bundesverfassung von 1874 am Prinzip des Heimatrechtes, welches sich in den Jahrhunderten seit der Reformation entwickelt hat, festgehalten.

Das *Heimatrecht* beruht auf dem Grundsatz, dass Jeder eine Heimat besitzen, d. h. einer Gemeinde angehören muss, in der er unter allen Umständen sich aufzuhalten berechtigt, und die ihm benötigten Falles die Mittel zur Erhaltung seiner physischen Existenz zu gewähren verpflichtet ist.

Die Regelung des *Armenwesens* hat den Anstoss zur Bildung des Heimatrechtes gegeben. Im Mittelalter lag die Armenpflege vorzüglich bei der Kirche; weder der Staat noch die Gemeinden waren mit wesentlichen Lasten beschwert. Demzufolge sahen sich die Kantone und die Gemeinden zur Beschränkung der Freizügigkeit nicht veranlasst. Die Bedingungen der Niederlassung (N.) waren in der Tat noch zu Anfang des 16. Jahrhunderts weitherzige.

¹⁾ v. Wyss, die schweizerischen Landgemeinden, Zeitschrift für schweiz. Recht, 1. Bd. 2. Heft, S. 3—74; v. Orelli, Staatsrecht der schweiz. Eidgenossenschaft, in Marquardsens Handbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart, 4. Bd., 1. Halbbd. 2. Abteilg., S. 121—137; Geiser, Geschichte des Armenwesens im Kanton Bern von der Reformation bis auf die neuere Zeit, Zeitschrift für schweiz. Statistik, 1893 IV, 1894 I.

So hatte sich im Kanton Bern der Einzögling in der Regel über sein Herkommen, seinen freien Stand auszuweisen; im übrigen war für Berner und Eidgenossen aus anderen Kantonen die N. an den meisten Orten frei oder sehr leicht zu erlangen; von Ausländern wurde ein Einzugsgeld gefordert, welches aber in Anbetracht der Rechte und Nutzungen, die durch die Erwerbung des Landrechts erworben wurden, sehr mässig erscheinen musste. Die Aufnahme in den Gemeindeverband war aber gleichbedeutend mit der Aufnahme ins Landrecht; der in der Gemeinde Aufgenommene sollte als Landmann gelten, d. h. in Rechten und Pflichten den Einheimischen gleichgestellt sein.

Nachdem infolge der Säkularisation der Kirchengüter in den protestantischen Ländern für eine Masse armer Leute die Hauptversorgungsquelle versiegt war, vermehrte sich die Zahl der Bettler und Vaganten, welche infolge der vielen Kriege, in denen die Eidgenossen, wenigstens indirekt als Soldtruppen, verwickelt waren, ohnehin bedeutend zugenommen hatte, so sehr, dass das Bettelwesen zu einer wahren Landplage wurde. Die katholischen Stände zeigten wenig Geneigtheit, die Angehörigen protestantischer Orte durch ihre Klöster und frommen Stiftungen zu unterhalten und griffen deshalb zu Ausweisungsmassregeln. Die protestantischen Kantone antworteten mit den gleichen Massregeln; man sah aber auf beiden Seiten ein, dass hier einzig eine *staatliche Regelung des Armenwesens* Abhülfe bringen könne. Die Tagsatzung befasste sich mehrfach mit dieser Angelegenheit. Schon in einem Beschluss vom 23. Mai 1520 hatte sie denjenigen von den Angehörigen der Eidgenossenschaft, welche betteln, bei ihrem Eide befohlen, in das Ort zurückzureisen, woher sie gekommen seien; fremde Bettler seien aus der Eidgenossenschaft wegzuweisen¹⁾. Den entscheidenden Beschluss fasste die Tag-

¹⁾ Geiser, 1893 IV S. 538.

satzung am 30. September 1551: Es solle jeder Ort, jeder Flecken, jede Kirchhöre seine armen Leute selbst nach eines jeden Orts Vermögen erhalten ¹⁾).

Für die Versorgung der Armen hatten demgemäss die *Gemeinden* aufzukommen. Almosengenössig waren aber nicht nur die verarmten Genossen der alten Realgemeinde, die Dorfgenossen, sondern auch die *damaligen Hintersassen* der Gemeinde, d. h. Fremde, welche sich mit der förmlichen Autorisation der Gemeinde in der Dorfgemarkung angesiedelt hatten. Begreiflicherweise bildete sich ein engeres Band zwischen den Gemeinden und ihren Hintersassen. Diese wurden im Laufe der Zeit sämtlich *Bürger*, und aus ihnen und den alten Dorfgenossen setzte sich die *neue Gemeindebürgerschaft* zusammen, welcher nunmehr die *neuen* Hintersassen, d. h. die *Nichtgemeindebürger*, gegenübertraten.

Seit die Gemeinden mit der Armenpflege belastet waren, hatten sie ein Interesse daran, sowohl die Aufnahme in das Gemeindebürgerrecht wie die Zulassung von Hintersassen zu beschränken. Seit der zweiten Hälfte des 16. Jahrhunderts wurde dann auch das *Einzugsgeld*, durch dessen Erlegung man das Heimatrecht in der Gemeinde erwarb, *überall beträchtlich erhöht*. Im Kanton Bern hatten nun auch Berner ein solches zu bezahlen, und im Laufe des 17. Jahrhunderts fiel dann der Unterschied zwischen Ausländern, Eidgenossen und Bernern weg, und alle hatten der Gemeinde gleichviel zu bezahlen. Dem Hintersassen wurde der Aufenthalt in der Gemeinde nur gestattet gegen den gesicherten Nachweis, dass er von seiner Heimatgemeinde, woher er gekommen, fortwährend als ihr Angehöriger anerkannt werde. Durch das Erfordernis der Beibringung von Heimatscheinen ²⁾ suchte sich die Wohnsitzgemeinde

¹⁾ Orelli, S. 123.

²⁾ Vgl. z. B. die Verordnung für die Kirchspiele im Umkreis der Stadt Bern von 1678. Die Haus- und Lächerlüt, so der Orten, da sie sich nieder-

dagegen zu sichern, dass der Hintersass oder seine Nachkommen ihr einstens zur Last fallen. Wäre diese Vorsichtsmassregel nicht getroffen worden, so hätte sich zu einer Zeit, wo der Eintritt ins Bürgerrecht noch nicht an eine bestimmte Form geknüpft war, jeder Aufenthalt nach einer gewissen Frist als Gemeindeangehöriger betrachten und im Verarmungsfalle Unterstützung beanspruchen können. Für den Schutz der Wohnsitzgemeinde entrichtete der Hintersass ein jährliches Schutzgeld.

Die Zugehörigkeit zur Gemeinde, wie sie sich seit der Reformation ausgebildet hat und am Ende des 18. Jahrhunderts beinahe überall in der Schweiz bestand, wurde nach Analogie des früher gebildeten Stadtbürgerrechtes als Gemeindebürgerrecht bezeichnet. Begründet wurde das Bürgerrecht durch Abstammung von Gemeindeangehörigen oder Einkauf. Es ist ein rein persönliches Recht, für dessen Fortdauer Verlegung des Wohnsitzes völlig irrelevant ist. Sein Wesen besteht in dem Recht auf Wohnsitz in der Gemeinde, im Anspruch auf Unterstützung von seiten derselben im Verarmungsfalle, im Anteilsrecht an den Gemeindegütern und Gemeindeanstalten. Die Bürger beanspruchten an vielen Orten mancherlei Vorrechte gegenüber den Hintersassen, z. B. das ausschliessliche Recht, Grundbesitz in der Gemeinde zu erwerben, Gewerbe zu betreiben; in den Gemeindeversammlungen waren sie allein stimmberechtigt; sie hatten die gesamte Gemeindeverwaltung in ihren Händen.

Seit der zweiten Hälfte des 16. Jahrhunderts kam der Grundsatz auf, dass für die Aufnahme von Leuten, die dem

lassen wollen, nit Burger sind, sollend vor ihrer Niederlassung in die Hüser oder Antretung der Lächen in ihre Heimat gewiesen werden, um daselbsten aus Burger- oder Gemeindrechtens wegen einen Schein aufzubringen, damit daraus man versichert seie, dass von ihrer Lächen wegen die Gemeinden, hinter denen sie sich niederlassen, mit ihnen oder ihren Kindern hüt oder Morgen nichts beschwärt sein müssen, sondern sie an die Ort, da sie Burger und daheimen sind, gewiesen werden können. Geiser, 1893 IV S. 584.

Kanton nicht bereits angehörten, die Bewilligung der Regierung und die Bezahlung eines Schutz- oder Schirmgeldes an die Obrigkeit erforderlich sei. Damit war der Zusammenhang des Gemeindebürgerrechtes mit dem Staatsbürgerrecht hergestellt. Die weitere Entwicklung bestand nun einfach darin, dass der Rat selbst die Bewilligung an sich zog und ein förmliches Landrecht, freilich nur in Verbindung mit einem Gemeindebürgerrechte, erteilte ¹⁾ ²⁾.

Auf Grund des allgemeinen Schweizerbürgerrechtes brachte die *Helvetik* völlige Freiheit der N. Nach dem Gesetz über die Bürgerrechte vom 13. Hornung 1799 konnte *jeder helvetische Staatsbürger in der ganzen helvetischen Republik ungehindert an jedem Ort*, ohne sog. Einzugs- oder Eintrittsgeld seinen Erwerb suchen und treiben, sich *niederlassen* und ankaufen. Notwendig zur N. war allein Anzeige bei der Munizipalität der Niederlassungsgemeinde. Ein für die ganze Schweiz gleichförmiges Gemeindegesetz (Gesetz über die Organisirung der Munizipalitäten vom 15. Hornung 1799) wurde erlassen, das, auf neue Grundsätze basirt, die bisherigen Schranken so weit als möglich niederriss. «Jetzt sollte die öffentliche Natur der Gemeinde und die Gleichberechtigung der Bürger zur vollen Geltung gelangen. Das Staatsbürgertum sollte in den Vordergrund und das Gemeindebürgerrecht in zweite Linie treten. Allein durch einen Kompromiss mit dem Überlieferten suchte man einen völligen Bruch mit dem bisherigen System zu vermeiden. Jede Gemeinde erhielt eine doppelte Organisation. Das Gemeindebürgerrecht, die Bürgergemeinde und ihr Eigentum am Gemeindegut blieben bestehen, und die Verwaltung des letzteren wurde einer bestimmten Verwaltungskammer

¹⁾ Wyss, S. 43.

²⁾ Vgl. z. B. bernisches Mandat vom 23. Januar 1773: In Zukunft soll jeder, der sich um die Naturalisation bewerben will, bescheinigen können, dass ihm das Bürgerrecht einer Gemeinde, die ihn und die Seinigen erforderlichen Falles zu erhalten vermöchte, zugesichert sei. Geiser, 1894 I S. 68.

übertragen. Die Armenversorgung blieb dieser Bürgergemeinde zugewiesen. Aber daneben wurde eine Einwohnergemeinde geschaffen, zu welcher alle am Ort seit fünf Jahren niedergelassenen Aktivbürger gehörten. Sie hatte alle übrigen öffentlichen Bedürfnisse der Gemeinde in den Kreis ihrer Wirksamkeit zu ziehen und wurde von der aus ihrer Mitte durch Wahl hervorgegangenen Municipalität (Gemeinderat) regiert. Dadurch erst gewann die Gemeinde einen politischen, öffentlichen Charakter als lebendiges organisches Glied der Staatsgemeinschaft» ¹⁾.

In das Bestehende noch tiefer eingreifend war die Öffnung des Gemeindebürgerrechtes für jeden helvetischen Bürger. Das Gesetz über die Bürgerrechte bestimmte in Art. 12: Jede Gemeinde, welche Gemeind- und Armengut besitzt, muss einen jeden helvetischen Staatsbürger zum Anteilhaber dieses Gemeind- und Armenguts annehmen, sobald er solches fordert, das bestimmte Einkaufsgeld ausbezahlt und sich in dem Gemeindebezirk haushäblich niederlässt. Der erzwingbare Einkauf in das Gemeindebürgerrecht musste jedoch schon durch das Gesetz vom 9. Oktober 1800 wieder zurückgenommen werden.

Die *Vermittlungsakte* garantierte in Art. 4 des 20. Kapitels jedem Schweizerbürger die Befugnis, seinen Wohnsitz in einen andern Kanton zu verlegen. Sie hielt also die freie N. wenigstens von *Kanton zu Kanton* aufrecht. Durch den Tagsatzungsbeschluss vom 6. Juli 1805 wurden nähere Bestimmungen über die N. erlassen. Wer sich um die N. in einem andern Kanton bewarb, musste einen gehörig ausgefertigten, von seiner Kantonsregierung legalisirten *Heimatschein* vorweisen. Die N. der Schweizerbürger, mit Ausnahme derjenigen, die kein Gemeindebürgerrecht besaßen, durfte weder durch Personal- noch durch Geldbürgschaften oder andere, den Niedergelassenen auferlegte

¹⁾ Orelli. S. 126.

Lasten erschwert werden, mit Vorbehalt einer Kanzleigebühr von höchstens Fr. 8 für die Ausfertigung der Niederlassungsbewilligung¹⁾. Die allgemeine Einführung des Heimatscheines war die notwendige Folge der Aufhebung des erzwingbaren Einkaufs in das Gemeindebürgerrecht. Die einer Gemeinde Zuziehenden, denen der Eintritt in die Gemeindebürgerschaft und Partizipation an deren Armen-gute verschlossen war, mussten im Verarmungsfalle in ihre Heimatgemeinde zurückkehren.

Die Gemeindeorganisation wurde Sache der Kantons-gesetzgebung. Die Kantone erliessen allgemeine, ihre sämtlichen politischen Gemeinden gleichmässig organisierende Gesetze. Die Vermittlungsakte hatte zwar dem Niedergelassenen die politischen Rechte gemäss den Gesetzen des Niederlassungskantons zugesichert; durch den oben erwähnten Tagsatzungsbeschluss wurden jedoch die Kantone ermächtigt, die Vorschriften des Art. 4 der Mediationsakte zu ignorieren. Von dieser Interpretation machten aber nicht alle Kantone Gebrauch, so z. B. nicht der Kanton Zürich, welcher sowohl zu den kantonalen wie den Gemeindewahlen und Abstimmungen kantonsfremde Schweizerbürger zuliess²⁾, ferner nicht die neuen Kantone, während die alten meistens Beschränkung auf ihre eigenen Bürger eintreten liessen.

Der *Bundesvertrag von 1815* enthielt keine Bestimmungen über das Niederlassungswesen, stellte es somit den Kantonen anheim, dasselbe nach ihrem Gutfinden zu ordnen. Die N. wurde vielerorts erschwert und die Niedergelassenen in ihren Rechten noch mehr zurückgesetzt³⁾,

¹⁾ Blumer-Morel, Handbuch des schweiz. Bundesstaatsrechtes, 3. Auflage, 1891, 1. Bd. S. 60, 378.

²⁾ Kunz, das zürch. u. eidgen. Aktivbürgerrecht, Zürich, 1892, S. 17.

³⁾ Kantonsfremde Eidgenossen haben z. B. im Kt. Zürich keine politischen Rechte mehr. Kunz, S. 21.

in den Gebirgskantonen sogar die kantonsangehörigen Niedergelassenen vom Gemeindestimmrecht ausgeschlossen.

Was dem Bundesvertrage fehlte, suchte man auf dem Wege des interkantonalen Staatsvertrages zu erreichen. Dem *Konkordate betr. das Niederlassungsverhältnis unter den Eidgenossen* vom 10. Juli 1819 traten 13 Stände¹⁾ bei. Diese verpflichteten sich gegenseitig, der eine den Kantonsbürgern des andern unter folgenden Bedingungen die N. zu gestatten. Der Schweizer, der sich in einem andern Kanton niederlassen will, muss einen mit der Legalisation der Kantonsregierung versehenen Heimatschein vorlegen, der zugleich die Erklärung enthält, dass der Inhaber seit 10 Jahren Schweizerbürger sei. Der Heimatschein soll für seine Gültigkeit auf keine Jahre beschränkt sein. Der Niederlassungspetent hat ferner ein Zeugnis sittlicher Auf-
führung und guten Leumunds, sowie auch, dass er eigenen Rechens sei, vorzulegen und den Beweis zu leisten, dass er sich und die Seinigen ohne Belästigung der Gemeinde oder des Kantons zu ernähren imstande sei.

Diejenigen Landesangehörigen, welche kein Gemeindebürgerrecht besitzen, haben den abgehenden Heimatschein durch eine von der Regierung des Kantons, dem sie an-
hören, ausgestellte Zusicherung ihrer und der Ihrigen je-
weiliger Wiederaufnahme daselbst zu ersetzen, wodurch sie den übrigen Schweizerbürgern gleichgestellt werden.

Der Niedergelassene tritt, mit Ausnahme der politischen Rechte und des Mitanteils an Gemeindegütern und frommen Stiftungen, in alle Rechte und Verpflichtungen der Bürger des Niederlassungskantons. Er ist überdies verpflichtet, auch zu den Ortspolizeiabgaben beizutragen.

¹⁾ Luzern, Zürich, Bern, Glarus, Freiburg, Solothurn, Aargau, Thurgau, Tessin, Waadt, Neuenburg, Genf und Schaffhausen; Zug und Graubünden traten dem Konkordat bei unter Vorbehalt von Art. 4 desselben.

Das Niederlassungsrecht darf durch keine Personal- oder Geldbürgschaft oder andere besondere Last oder Abgabe beschwert werden, und die Kanzleigebühr für die Niederlassungsbewilligung soll den Betrag von Fr. 8 nicht übersteigen.

Der Regierung des Niederlassungskantons steht das Recht zu, den Niedergelassenen in seine Heimat zurückzuweisen, wenn er sich eines unsittlichen Lebenswandels schuldig macht, so wie auch, wenn er durch Verarmung der Gemeinde oder dem Kanton zur Last fällt ¹⁾).

Wie man sieht, stützt sich das Konkordat im wesentlichen auf den Tagsatzungsbeschluss vom 6. Juli 1805, im Vergleich zu welchem es allerdings einige die Niederlassungsfreiheit einschränkende Bestimmungen aufweist.

Die eidgenössische Regelung des Niederlassungsrechtes versuchten die *Revisionsprojekte* aus den Jahren 1831—1833 herbeizuführen ²⁾).

Auf dem Konkordat von 1819 hinwiederum beruhen die Bestimmungen des Art. 41 der *Bundesverfassung von 1848*, welche das Niederlassungswesen betreffen. Die Niederlassungsfreiheit hat aber ihren Grund nicht mehr in der Verpflichtung des einen Standes dem andern gegenüber, dessen Bürger die N. zu bewilligen, sondern die Bundesverfassung konstituiert ein Recht des Schweizerbürgers auf freie N., welches dieser jedem ³⁾ Kanton gegenüber als ein in seiner Eigenschaft als Schweizerbürger begründetes geltend zu machen befugt ist.

Die Bundesverfassung erstreckt jedoch dieses Recht nicht auf alle Schweizerbürger. Sie gewährleistet allen Schweizern,

¹⁾ Bluntschli, Geschichte des schweiz. Bundesrechts, 1852, 2. Bd. S. 390 ff.

²⁾ Vgl. Blumer-Morel, 1891, I S. 93, 98.

³⁾ Die Frage, ob der Schweizerbürger das Recht auf N. auch gegenüber seinem Heimatkanton besitze, verneinte die Praxis.

welche einer der *christlichen Konfessionen* angehören¹⁾, das Recht der freien N. im ganzen Umfange der Eidgenossenschaft. Zur Ausübung dieses Rechtes ist für den Schweizerbürger notwendig der Besitz eines Heimatscheines oder einer andern gleichbedeutenden Ausweisschrift, eines Zeugnisses sittlicher Aufführung, einer Bescheinigung, dass er in bürgerlichen Rechten und Ehren stehe; auf Verlangen muss er sich ausweisen können, dass er durch Vermögen, Beruf oder Gewerbe sich und seine Familie zu ernähren imstande sei. Naturalisirte Schweizer müssen überdies die Bescheinigung beibringen, dass sie wenigstens fünf Jahre lang im Besitze eines Kantonsbürgerrechtes sich befinden.

Der Niedergelassene kann aus dem Kanton, in welchem er niedergelassen ist, weggewiesen werden: a) durch gerichtliches Strafurteil; b) durch Verfügung der Polizeibehörden, wenn er die bürgerlichen Rechte und Ehren verloren hat oder sich eines unsittlichen Lebenswandels schuldig macht oder durch Verarmung zur Last fällt oder schon oft wegen Übertretung polizeilicher Vorschriften bestraft werden musste. Die Wegweisung findet somit jeweilen statt, wenn ein Erfordernis der Niederlassungsbewilligung verloren gegangen ist. Sie ist ohne Zweifel gegenüber dem Konkordat von 1819 nicht erleichtert, vielmehr sind die Fälle, welche das Konkordat unter der Bezeichnung « unsittlicher Lebenswandel » zusammenfasst, in Art. 41 Ziff. 6 wohl nur spezialisirt.

Der Niedergelassene darf von Seiten des die N. gestattenden Kantons mit keiner Bürgschaft und mit keinen andern besondern Lasten behufs der N. belegt werden²⁾.

¹⁾ Diese Beschränkung erscheint schon im Projekt von 1832, der Tagsatzungsbeschluss von 1805 und die Mediationsakte kennen sie dagegen noch nicht.

²⁾ Die Beschränkung der N. durch den Tagsatzungsbeschluss von 1805 gegenüber Kantonsangehörigen, welche kein Gemeindebürgerrecht besitzen, brauchte nicht aufgenommen zu werden — sie fehlt übrigens schon im Kon-

Nach dem Bundesgesetz über die Dauer und die Kosten der Niederlassungsbewilligung vom 10. Dezember 1849¹⁾ sollen die Niederlassungsbewilligungen an Schweizerbürger für die Dauer von mindestens vier Jahren erteilt werden; doch erlöscht die Niederlassungsbewilligung, wenn die Ausweisschriften früher ihre Gültigkeit verlieren und nicht rechtzeitig erneuert oder durch andere ersetzt werden. Die für die Bewilligung zu entrichtenden Kanzleigebühren dürfen den Betrag von 6 Fr. nicht übersteigen. Sofern aber der Niedergelassene seinen Wohnsitz in eine andere Gemeinde desselben Kantons verlegt, so kann die Hälfte der Gebühr von neuem bezogen werden. In dieser Summe sollen alle Gebühren enthalten sein, welche für die Bewilligung an den Staat, an Bezirksbeamte oder an die Gemeinden zu entrichten sind.

Den Niedergelassenen anderer Kantone können von Seiten der Gemeinden keine grössern Leistungen an Gemeindelasten auferlegt werden, als den Niedergelassenen des eigenen Kantons.

Der schweizerische Niedergelassene geniesst alle Rechte der Bürger des Kantons, in welchem er sich niedergelassen hat, mit Ausnahme des Stimmrechts in Gemeindeangelegenheiten und des Mitanteils an Gemeinde- und Korporationsgütern. Seine politische Stimmberechtigung wird näher umschrieben in Art. 42 der Bundesverfassung: Jeder Kantonsbürger ist Schweizerbürger. Als solcher kann er in eidgenössischen und kantonalen Angelegenheiten die politischen Rechte in jedem Kanton ausüben, in welchem er niedergelassen ist. Er kann aber diese Rechte nur unter den nämlichen Bedingungen ausüben wie die Bürger des

kordat von 1819 —, weil der Bund für die Einbürgerung der sog. Heimatlosen in Gemeinden besorgt war. B.-V. Art. 74 Ziff. 13, B.-Gesetz die Heimatlosigkeit betreffend vom 3. Dez. 1850 Art. 1—3, Wolf, die schweiz. B.-Gesetzgebung, I 151.

¹⁾ Wolf, I 155.

Kantons und in Beziehung auf die kantonalen Angelegenheiten erst nach einem längern Aufenthalte, dessen Dauer durch die Kantonalgesetzgebung bestimmt wird, jedoch nicht über zwei Jahre ausgedehnt werden darf.

Niemand darf in mehr als einem Kanton politische Rechte ausüben. Den Ausschluss der Niedergelassenen vom Anteil an Gemeinde- und Korporationsgütern sowie vom Stimmrecht in Gemeindesachen erklärt Blumer folgendermassen: «Die letztere Ausnahme wäre wohl nicht gemacht worden, wenn in allen Kantonen der Unterschied zwischen Bürger- und Einwohnergemeinden bestände, indem in der Tat der Ausschluss der schweizerischen Niedergelassenen von diesem letztern in keiner Weise sich rechtfertigen liesse. Es gibt aber noch viele Kantone, welche die Einwohnergemeinde nicht kennen, wo die Bürgergemeinde allein nicht bloss über ihre Korporationsgüter, sondern über alle kommunalen Angelegenheiten entscheidet, und da hier auch die Kantonsbürger aus andern Gemeinden kein Stimmrecht an der Gemeindeversammlung haben, so ist es begreiflich, dass man es ebenso wenig den niedergelassenen Schweizerbürgern einräumen konnte. Was den Anteil an öffentlichen Gütern betrifft, so versteht es sich wohl von selbst, dass den Niedergelassenen nicht bloss gegenüber den Gemeinden, sondern auch gegenüber dem Staatsvermögen eines andern Kantons keinerlei Ansprüche zustehen » ¹⁾.

Die Bundesverfassung von 1848 ordnet das *interkantonale* Niederlassungsrecht ²⁾. Das Recht, in jedem Kanton, nicht das Recht, an jedem Orte der Eidgenossenschaft sich niederzulassen, ist gewährleistet. Die Bundesverfassung schreibt den Kantonen vor, unter welchen Bedingungen sie verpflichtet sind, die Ausübung des den

¹⁾ Blumer, Handbuch des schweiz. B.-Staatsrechtes, 1863, I 237.

²⁾ Vgl. Blumer, 1863, I 227—248.

Kantonsfremden zugesicherten Rechts auf ihrem Territorium zu gestatten; in welcher Weise *innerhalb* der Kantone von letztern die N. der eigenen Angehörigen geregelt werden soll, darüber erteilt die Bundesverfassung keine Vorschriften¹⁾. Es war fürs erste nicht so sehr notwendig, die Bedingungen der N. für alle Schweizerbürger festzustellen, als vielmehr die Kantone zu zwingen, aus ihrer Abgeschlossenheit und Beschränktheit, welche in jedem, der nicht Kantonsbürger ist, einen Fremdling sieht, dessen Anwesenheit als eine Einmischung in Dinge, die ihn nichts angehen, hintertrieben werden soll, herauszutreten. Die Angehörigen des Bundesstaates sollen in den Einzelstaaten nicht als Ausländer betrachtet und behandelt werden können. Dass dabei in schonender Weise vorgegangen wurde, beweisen die zahlreichen Einschränkungen, welche Art. 41 enthält; denn der Fortschritt, welchen Art. 41 gebracht hat, besteht einfach darin, dass die Bestimmungen des Konkordates von 1819 auf sämtliche Kantone ausgedehnt wurden; dabei darf aber nicht übersehen werden, dass die in jeder Beziehung liberale Interpretation des Art. 41 seitens der Bundesbehörden von erheblicher Bedeutung für die Entwicklung des schweizerischen Niederlassungsrechtes war, indem erst durch sie neben dem Recht der Niederlassung ausserhalb des Heimatkantons das Recht des Wegzugs aus dem eigenen oder

¹⁾ Wenn Blumer als selbstverständlich voraussetzt, dass die Verfassung u. die Gesetzgebung eines Kantons nicht Bestimmungen enthalten dürfen, welche die N. der eigenen Kantonsbürger grössern Beschränkungen unterwerfen würde, also solche nach Art. 41 den Schweizerbürgern aus andern Kantonen gegenüber zulässig sind, so übersieht er hiebei, dass die Frage, ob das Verhältnis des Kantonsbürgers zur Wohnsitzgemeinde seines Heimatkantons ein Niederlassungs- oder Aufenthaltsverhältnis sei, von der kant. Gesetzgebung entschieden wurde, welche nach objektiven Merkmalen gewisse Kategorien von Einwohnern den Niedergelassenen, andere den Aufenthaltern zuteilte, während den Kantonsfremden durch die B.-V. die Befugnis zugesichert war, sich, unbekümmert um kant. Gesetze, die Position und die Rechte des Niedergelassenen zu erwerben, vgl. Ullmer, die staatsrechtl. Praxis der schweiz. B.-Behörden aus den Jahren 1843—1863, Nr. 98.

einem fremden Kanton anerkannt und damit der Gedanke der Freizügigkeit verwirklicht wurde, soweit überhaupt dies die damalige Bundesverfassung gestattete. Von wesentlicher Bedeutung war dagegen Art. 42, welcher den Niedergelassenen auch in kantonalen Angelegenheiten das Stimmrecht verlieh.

Der Abstimmung der stimmberechtigten Schweizerbürger und der Stände wurden im Jahre 1866 anlässlich der *Partialrevision* mehrere Anträge unterbreitet, welche auf die Niederlassungsfreiheit und die Rechte der Niedergelassenen Bezug hatten¹⁾. 1. In Art. 41 sollte die Beschränkung auf Schweizer christlicher Konfession wegfallen, ebenso das Erfordernis eines Ausweises über die erforderlichen Mittel zur Ernährung, sowie der Zusatz, nach welchem naturalisirte Schweizer die Bescheinigung beizubringen hatten, dass sie wenigstens fünf Jahre lang im Besitze eines Kantonsbürgerrechtes sich befinden. 2. In Art. 42 wünschte man die Bestimmung zu streichen, nach welcher den Niedergelassenen das Stimmrecht in kantonalen Angelegenheiten erst nach einem Aufenthalte von zwei Jahren eingeräumt werden musste; sie sollten dasselbe vom Tage der N. an ausüben dürfen. 3. Art. 41 Ziff. 4 sollte dahin abgeändert werden, dass in Betreff des Stimmrechts in Gemeindeangelegenheiten der niedergelassene Schweizerbürger dem niedergelassenen Kantonsbürger gleich zu halten sei.

¹⁾ Blumer-Morel, 1891, S. 158 ff. Den unmittelbaren Anstoss zur Revision gab der Abschluss des Handelsvertrages mit Frankreich im Jahre 1864. Frankreich hatte das N.-Recht in der Schweiz auch für diejenigen seiner Bürger, welche der mosaischen Religion angehören, verlangt, und es konnte ihm diese Forderung nicht verweigert werden. Man wollte durch die Revision verhüten, dass den schweiz. Israeliten Rechte vorenthalten würden, die man ihren auswärtigen Glaubensgenossen eingeräumt hatte. Übrigens hatte der N.-Artikel der Freizügigkeit ohnehin allzu enge Schranken gezogen und erschien am meisten revisionsbedürftig.

In die Bundesverfassung aufgenommen wurde einzig der unter Ziff. 1 gebrachte Vorschlag. Bei den Beratungen des *Verfassungsentwurfes von 1872* herrschte das Bestreben, an Stelle des weitläufigen Art. 41 der Bundesverfassung von 1848 einen möglichst kurzen zu setzen, welcher das Recht der Schweizerbürger auf Freizügigkeit möglichst wenig beschränken sollte. Das Stimmrecht der Niedergelassenen wurde nach dem Entwurf auch auf die Gemeindeangelegenheiten ausgedehnt und festgesetzt, dass die Gemeinde den Niedergelassenen nicht anders besteuern dürfe als den Ortsbürger.

Die Bestimmungen des Entwurfes von 1872 dienten natürlich als Grundlage der Beratungen bei der Wiederaufnahme der *Bundesverfassungsrevision* im Jahre 1873. Gegenüber dem Entwurf wurde der Entzug der N. erleichtert und mit Rücksicht auf diejenigen Kantone, die im Armenwesen das Prinzip der Unterstützung am Wohnsitz befolgen, eine Bestimmung aufgenommen, welche ihnen erlaubt, die Niederlassungsbewilligung ihrer eigenen Angehörigen von gewissen die N. erschwerenden Bedingungen abhängig zu machen. Der die Rechte der Niedergelassenen betreffende Artikel des Entwurfs ging mit wenigen, mehr redaktionellen Änderungen in die *Bundesverfassung von 1874* über¹⁾. Die beiden Artikel lauten zur Zeit folgendermassen: Art. 45. Jeder Schweizer hat das Recht, sich innerhalb des schweizerischen Gebietes an jedem Orte niederzulassen, wenn er einen Heimatschein oder eine andere gleichbedeutende Ausweisschrift besitzt.

Ausnahmsweise kann die N. denjenigen, welche infolge eines strafgerichtlichen Urteils nicht im Besitze der bürgerlichen Rechte und Ehren sind, verweigert oder entzogen werden.

¹⁾ Blumer-Morel, 1891, S. 379 ff.

Weiterhin kann die N. denjenigen entzogen werden, welche wegen schwerer Vergehen wiederholt gerichtlich bestraft worden sind, sowie denjenigen, welche dauernd der öffentlichen Wohltätigkeit zur Last fallen und deren Heimatgemeinde beziehungsweise Heimatkanton eine angemessene Unterstützung trotz amtlicher Aufforderung nicht gewährt.

In Kantonen, wo die örtliche Armenpflege besteht, darf die Gestattung der N. für Kantonsangehörige an die Bedingung geknüpft werden, dass dieselben arbeitsfähig und an ihrem bisherigen Wohnorte im Heimatkanton nicht bereits in dauernder Weise der öffentlichen Wohltätigkeit zur Last gefallen seien.

Jede Ausweisung wegen Verarmung muss von Seite der Regierung des Niederlassungskantons genehmigt und der heimatlichen Regierung zum voraus angezeigt werden.

Der niedergelassene Schweizerbürger darf von Seite des die Niederlassung gestattenden Kantons mit keiner Bürgschaft und mit keinen andern besondern Lasten behufs der Niederlassung belegt werden. Ebenso darf die Gemeinde, in welcher er seinen Wohnsitz nimmt, ihn nicht anders besteuern als den Ortsbürger.

Ein Bundesgesetz wird das Maximum der für die Niederlassungsbewilligung zu entrichtenden Kanzleigebühr bestimmen.

Art. 43. Jeder Kantonsbürger ist Schweizerbürger.

Als solcher kann er bei allen eidgenössischen Wahlen und Abstimmungen an seinem Wohnsitze Anteil nehmen, nachdem er sich über seine Stimmberechtigung gehörig ausgewiesen hat.

Niemand darf in mehr als einem Kanton politische Rechte ausüben.

Der niedergelassene Schweizerbürger geniesst an seinem Wohnsitze alle Rechte der Kantonsbürger und mit diesen auch alle Rechte der Gemeindsbürger. Der Mitanteil an

Bürger- und Korporationsgütern, sowie das Stimmrecht in rein bürgerlichen Angelegenheiten sind jedoch hievon ausgenommen, es wäre denn, dass die Kantonalgesetzgebung etwas Anderes bestimmen würde.

In kantonalen und Gemeindeangelegenheiten erwirbt er das Stimmrecht nach einer Niederlassung von drei Monaten.

Die kantonalen Gesetze über die Niederlassung und das Stimmrecht der Niedergelassenen in den Gemeinden unterliegen der Genehmigung des Bundesrates.

Die Bundesverfassung von 1848 beschäftigte sich ausschliesslich mit der N. und überliess die Gesetzgebung über den *Aufenthalt*¹⁾ und über die Verhältnisse der Aufenthalter zum Staat und zu den Gemeinden vollständig den Kantonen. Durch die Bundesverfassung von 1874 wurde dem Bunde die Kompetenz übertragen, auch in diese Verhältnisse gesetzgeberisch einzugreifen.

Art. 47. Ein Bundesgesetz wird den Unterschied zwischen Niederlassung und Aufenthalt bestimmen und dabei gleichzeitig über die politischen und bürgerlichen Rechte der schweizerischen Aufenthalter die nähern Vorschriften aufstellen.

Durch dieses Bundesgesetz hätten die Begriffe der N. und des Aufenthaltes festgesetzt und den Aufenthaltern in gewissem Umfange politische Rechte zugeteilt werden sollen. Die von der Bundesversammlung ausgearbeiteten Entwürfe, in deren ersten von dem Unterschied zwischen

¹⁾ « In den meisten Kantonen der Schweiz besteht ein hergebrachter Gegensatz zwischen Niedergelassenen, d. h. Personen, welche an einem Orte, wo sie nicht heimatberechtigt sind, einen dauernden Wohnsitz nehmen, indem sie entweder mit Familie sich dort ansiedeln oder einen selbständigen Beruf ausüben, und blossen Aufenthaltern, worunter man wesentlich unverheiratete Leute versteht, die nur vorübergehend an einem Orte wohnen, ohne ein eigenes Gewerbe zu betreiben, z. B. als Studirende, als Handwerksgesellen, als Dienstboten, als Fabrikarbeiter.» Blumer-Morel, 1891, S. 400.

N. und Aufenthalt übrigens gar nicht die Rede war, sind jedoch in der Volksabstimmung jeweilen verworfen worden¹⁾.

II. Das Recht auf Niederlassung.

Die Bundesverfassung gewährleistet in Art. 45 jedem Schweizerbürger das Recht, sich innerhalb des schweizerischen Gebietes an jedem Orte niederzulassen.

A. Das schweizerische Staatsrecht kennt zwei Arten der N.: N. *mit* Wohnsitz am Niederlassungsorte und N. *ohne* Wohnsitz am Niederlassungsorte. Beide Arten sind dem Schweizerbürger garantirt.

1. N. bedeutet *Wohnsitznahme*, und in diesem wörtlichen Sinne gewährleistet die Bundesverfassung in erster Linie das *Recht zur Wohnsitznahme*.

Wohnsitznahme im Sinne von N. ist Ausübung eines *öffentlichen* Rechtes und muss begrifflich unterschieden werden von der Begründung des Wohnsitzes im *zivilrechtlichen* Sinne, des Domizils. Öffentlichrechtlicher und privatrechtlicher Wohnsitz fallen oft auch tatsächlich auseinander. Dies ist z. B. der Fall, wenn die Ehefrau mit Einwilligung des Mannes an einem dritten Orte sich niederlässt. — Die Bundesbehörden haben sich verschiedentliche Male dahin ausgesprochen, dass der Begriff der N. mit dem zivilrechtlichen Begriffe des Wohnsitzes (Domizils) nichts zu tun habe²⁾.

Nicht jede Wohnsitznahme gilt im schweizerischen Staatsrecht als N. Die Wohnsitznahme des *Bürgers* an seinem *Heimatort* ist keine N. Die Möglichkeit, dass N. vorliegt, ist nur dann vorhanden, wenn ein Schweizerbürger in einer Gemeinde Wohnsitz nimmt, in welcher er das

¹⁾ Schoch, Art. 59 der schweiz. Bundesverfassung, 1882, S. 44 ff.

²⁾ B.-Bl. 1882 III 6—9, 1891 III 558, 1892 III 679,

Bürgerrecht nicht besitzt, mag nun die Niederlassungsgemeinde im Heimatkanton oder in einem fremden Kanton liegen; es ist in diesem Falle freilich nicht ausgeschlossen, dass das Verhältnis des betreffenden Individuums zur Nichtbürgergemeinde sich als *Aufenthalt* qualifiziert.

2. Der N. mit Wohnsitz am Niederlassungsorte stellt die Bundesverfassung die *N. ohne Wohnsitz* am Niederlassungsorte gegenüber¹⁾. Erstere begründet für den Schweizerbürger von Bundeswegen eine gewisse engere Zugehörigkeit zum Niederlassungskanton und zur Niederlassungsgemeinde, indem sie ihn mit wenigen Ausnahmen (Art. 45 Abs. 3, Art. 43 Abs. 2 Satz 2) in alle Rechte der Kantons- und Ortsbürger einsetzt²⁾ (Art. 43 Abs. 4, Art. 45 Abs. 6). Die N. ohne Wohnsitz am Niederlassungsorte begründet dagegen eine bloss *polizeiliche Zugehörigkeit* des Niedergelassenen zum Niederlassungskanton und zur Niederlassungsgemeinde. Der in letzterer Weise Niedergelassene steht zwar unter dem Schutze des Art. 45, genießt aber die in Art. 43 Abs. 4 dem Niedergelassenen zugesicherten Rechte nicht.

Notwendig zur Erlangung der N. ist demnach weder die Absicht des *dauernden* Wohnsitzes noch des *Wohnsitzes* überhaupt³⁾. Der Schweizerbürger hat das Recht, aus irgend welchem Grunde die N. zu begehren, ohne dass er über die Motive seines Begehrens den Behörden Auskunft zu geben schuldig wäre. Bundesrechtlich hat er das Recht, sich niederzulassen behufs Wohnsitznahme, zu vor-

¹⁾ Schollenberger, die schweiz. Freizügigkeit, 1891, S. 111.

²⁾ Vgl. Kunz, a. a. O., S. 71.

³⁾ B.-Bl. 1892 III 678 a. E. Es bedarf also nicht der *Tatsache* der N.; es genügt der *animus*, sich niederzulassen, nicht erforderlich ist aber die Ausübung des N.-Willens. Wer eine N.-*Bewilligung* besitzt, ist schon *dadurch Niedergelassener* und besitzt nicht nur das Recht auf Erteilung der N.-Bewilligung. Über die Notwendigkeit des Besitzes von Ausweisschriften s. S. 53 ff.

übergehendem Aufenthalte, zum Betrieb eines Gewerbes¹⁾, aus politischen Gründen u. s. w.

Aus Gründen der polizeilichen und der Steuerkontrolle können die Kantone bestimmte Kategorien von Bürgern zur N. verpflichten, jedoch nicht zur Wohnsitznahme. So werden z. B. Grundstückbesitzer in der Regel durch die kantonalen Gesetze angehalten, N. zu nehmen in der Gemeinde, in welcher sie begütert sind.

Demnach kann der Fall eintreten, dass jemand mehrere N. besitzt. An welchem Niederlassungsorte der Schweizerbürger die in Art. 43, Abs. 4 erwähnten Rechte auszuüben berechtigt ist, ergibt sich aus der Tatsache des Wohnsitzes; wenn dieser unsicher ist, so entscheidet wohl allein der Wille des betr. Niedergelassenen²⁾.

Eine fernere Form der Wohnsitznahme im öffentlich-rechtlichen Sinne bildet der *Aufenthalt*. Nach kantonalem Staatsrecht gilt als Aufenthalt der vorübergehende Wohnsitz in der Aufenthaltsgemeinde; als Aufenthalter gelten somit Studirende, Handwerksgesellen u. s. w.³⁾. Bundesrechtlich begründet der Aufenthalt nur polizeiliche Zugehörigkeit zum Aufenthaltskanton und zur Aufenthaltsgemeinde; der Aufenthalter geniesst an seinem Aufenthaltsorte weder den Schutz des Art. 45, noch die Rechte des Niedergelassenen am Wohnsitz. Er hat es jedoch in seiner Macht, sich die Stellung und die Rechte des Niedergelassenen zu verschaffen, indem er sich eine Niederlassungsbewilligung auswirkt, welche ihm nicht unter dem Vorwande verweigert werden darf, er habe nicht die Absicht des dauernden Wohnsitzes. Dies hat die Praxis der Bundesbehörden schon unter der Bundesverfassung von 1848 aner-

1) N. behufs Errichtung eines Zweigtablissements wird dagegen auf Grund von Art. 31, B.-V. zu verlangen sein, vgl. Salis Nr. 67 (I S. 151/52).

2) Vgl. Kunz, a. a. O. S. 73 Anm. 3.

3) S. oben S. 19 Anm.

kannt und sie sind seit 1874 von ihrer Ansicht nicht abgewichen¹⁾. In einer Entscheidung vom Jahre 1888 erklärte der Bundesrat die Auffassung einer kantonalen Regierung, nach welcher dem, von der kantonalen Gesetzgebung in objektiver Weise festgesetzten Unterschied zwischen Aufenthalt und N. die Bedeutung zukäme, dass einem nach kantonalem Recht als Aufenthalter anzusehenden Schweizer die N. nicht erteilt zu werden brauche, selbst wenn er dieselbe begehre, für irrtümlich. «Jeder diesbezüglichen kantonalgesetzlichen Vorschrift bleibt die Grundbestimmung vorbehalten, zufolge welcher der Schweizerbürger, wenn er das Begehren stellt, jederzeit die Eigenschaft eines Niedergelassenen erwerben kann»²⁾. Wenn also der Bundesrat anlässlich einzelner Rekursentscheidungen behauptet hat³⁾, für die Beantwortung der Frage, ob Jemand als Niedergelassener oder als Aufenthalter zu betrachten sei, seien bis zum Erlass des Ausführungsgesetzes zu Art. 47 die kantonalen Gesetze massgebend, so müssen solche Aussprüche cum grano salis aufgefasst werden. Weder das in Art. 47 vorgesehene Bundesgesetz noch die kantonalen Niederlassungsgesetze sind imstande, den Unterschied zwischen N. und Aufenthalt ohne Änderung des Art. 45 zu bestimmen; sie können zwar festsetzen, wer zur N. verpflichtet ist, jedoch nicht hindern, dass ausserhalb der Kategorien der Verpflichteten Stehende sich die N. erwerben, denn z. Z. entscheidet über das Verhältnis des Nichtbürgers zu der Gemeinde und zu dem Kanton, in welchem er nicht verbürgert ist, nicht eine objektive Regel, sondern der freie Wille des betr. Individuums⁴⁾. Das noch zu erwartende Bundesgesetz kann demnach wohl den Unterschied in den Rechten der Aufenthalter gegen-

1) Blumer, 1863, I 239, Ullmer, Nr. 98, 157.

2) v. Salis, schweiz. Bundesrecht, Nr. 367, B.-Bl. 1892 II 555.

3) S. z. B. Salis Nr. 367, 368.

4) Salis, Nr. 369.

über den Rechten der Niedergelassenen feststellen, nicht aber den Unterschied zwischen N. und Aufenthalt ¹⁾).

B. Der Umstand, dass die Bundesverfassung das Recht der N. nur *innerhalb des schweizerischen Gebietes* garantiert, bedarf keiner weiteren Erläuterung; an den Grenzen des schweizerischen Staatsgebietes findet eben die schweizerische Staatsgewalt ihre räumliche Begrenzung.

C. Dagegen ermangelt diese Wendung nicht der Bedeutung, wenn man sie mit den Worten des Eingangs zu Art. 45 «*an jedem Orte*» in Verbindung bringt. Die N. an jedem Orte innerhalb des schweizerischen Gebietes ist gewährleistet.

Einem Zweifel kann nicht unterliegen, dass, wenn die Bundesverfassung von N. an jedem Orte spricht, sie darunter N. in jeder *Gemeinde* versteht ²⁾. Der ganze Passus hat in der Bundesversammlung, als sie anlässlich eines Rekurses in letzter Instanz zu entscheiden hatte, stark von einander abweichende Auslegungen erfahren.

Ein im Kanton Luzern verbürgertes Ehepaar wurde wegen wiederholter gerichtlicher Bestrafung infolge schwerer Vergehen aus einer Gemeinde Basellands von der kantonalen Regierung ausgewiesen. Die Ehegatten verlegten nun ihren Aufenthalt in eine andere Gemeinde von Basel-land; die Regierung verweigerte ihnen jedoch die Bewilligung zur N. in dieser Gemeinde, weil der regierungs-

¹⁾ Salis, Nr. 368, vgl. Entwurf eines Bundesgesetzes betr. die politischen Rechte der Niedergelassenen und Aufenthalter, Salis, Nr. 767 (2. Bd. S. 483), Dubs, das öffentliche Recht der schweiz. Eidgenossenschaft, II S. 119. Dieses Verhältnis wurde vor 1874 offenbar deswegen nicht so empfunden, weil die Kantone bezüglich des Verhältnisses ihrer Angehörigen zu der Gemeinde, in welcher sie nicht verbürgert waren, allerdings nach objektiver Regel entscheiden konnten, ob das N.- oder das Aufenthaltsverhältnis Platz greifen sollte; denn die Befugnis, über dieses Verhältnis nach freiem Willen zu entscheiden, war nach Art. 41 nur den kantonsfremden Schweizerbürgern zugesichert.

²⁾ Vgl. oben S. 7 helvet. Gesetz über die Bürgerrechte.

rätliche Beschluss betr. die Ausweisung auf den ganzen Kanton Basseland sich beziehe. Der Rekurs gegen diese Verweigerung der N. wurde von beiden Bundesinstanzen abgewiesen.

Die Mehrheit der Kommission des Nationalrates hatte in ihrem Berichte¹⁾ das Recht der N. von Gemeinde zu Gemeinde verteidigt, indem sie folgende Sätze aufstellte: « 1. Während die Bundesverfassung von 1848 das Niederlassungswesen bloss interkantonal regulirte, hat diejenige von 1874 ein schweizerisches Niederlassungsrecht geschaffen, welches für das ganze Gebiet der Eidgenossenschaft von Ort zu Ort Geltung hat und zu den garantirten Rechten der Schweizerbürger zählt. 2. Der Entzug der N. in einer Gemeinde involvirt nicht ohne weiteres auch die Ausweisung aus dem betreffenden Kanton; die N. in einer andern Gemeinde dieses Kantons kann vielmehr bloss im Falle von Abs. 2 des Art 45 der Bundesverfassung verweigert werden, in dem Falle nämlich, wenn der Betreffende infolge eines strafgerichtlichen Urteils nicht im Besitze der bürgerlichen Rechte und Ehren ist. »

Die Bundesversammlung verwarf jedoch diese Theorie und schloss sich den Ausführungen des bundesrätlichen Berichtes an, welcher, in einschränkender Interpretation der Bundesverfassung, in folgenden Worten gipfelte: « Umsonst sucht man in Art. 45 der Verfassung eine Stelle, auch nur ein einziges Wort, welches den Kantonen untersagen würde, aus der Niederlassungsbewilligung eine kantonale Angelegenheit zu machen, die Regierung oder eines ihrer Departemente zu betrauen, den Angehörigen anderer Kantone die Niederlassungsbewilligung zu erteilen oder zu entziehen, überhaupt zu erklären, dass die Bewilligung für den ganzen Kanton, und, wenn in den in Art. 45 vorge-

¹⁾ B.-Bl. 1882, II 834—847.

sehenen Fällen eine Zurückziehung derselben erfolgt, diese letztere ebenfalls für den ganzen Kanton gültig sei »¹⁾.

Unsererseits acceptiren wir die Auslegung der Mehrheit der nationalrätlichen Kommission.

Die Bundesverfassung von 1848 wendet sich an die Kantone: Keinem Schweizer kann die N. in irgend einem Kanton verweigert werden, der Niedergelassene kann aus dem Kanton weggewiesen werden. Die Vorschriften der Bundesverfassung hindern die Kantone nicht, die N. jeweilen für das gesamte Kantonsgebiet zu verweigern oder zu entziehen, wenn einem Kantonsfremden eines der zur N. erforderlichen Requisite abgeht. Sie garantirt eine sog. interkantonale Freizügigkeit, die Bedingungen der N. in einem fremden Kanton stellt die Bundesverfassung auf und überlässt die Regelung der Freizügigkeit der Kantonsbürger in ihrem Heimatkanton der kantonalen Gesetzgebung.

Die Bestimmungen der Bundesverfassung von 1874 sind anwendbar auf alle Schweizerbürger ohne Unterschied ihrer Kantonsangehörigkeit. Jeder Schweizerbürger kann Art. 45 zu seinen Gunsten anrufen, und die Ausübung seines Rechts auf N. darf nicht mehr eingeschränkt werden, als durch die Bundesverfassung geschieht, er mag es im eigenen oder in einem fremden Kanton ausüben²⁾.

Vom Standpunkt der Gleichstellung der Schweizerbürger und der Kantonsbürger ausgehend kommen wir zu dem Ergebnis, dass die *polizeiliche Ausweisung kantonsfremder* Schweizerbürger aus dem *Gebiete des N.-Kantons*

¹⁾ B.-Bl. 1882 II 359—363. Salis, Nr. 416.

²⁾ Bei dieser Gleichstellung haben beide Teile gewonnen. Die Kantonsbürger besitzen das Recht, sich in jeder Gemeinde ihres Kantons die gesicherte Stellung des Niedergelassenen mit dessen Rechten zu verschaffen, während sie vor 1874, je nach der kantonalen Gesetzgebung, sich eventuell mit der Stellung des Aufenthalter begnügen mussten; für die Kantonsfremden gelten die gleichen Bedingungen der N. wie für die Angehörigen.

unzulässig sei, sofern jenen die N. auf Grund des Art. 45 Abs. 2 nicht verweigert werden kann.

Die *polizeiliche* Ausweisung ist zu unterscheiden von der *Verbannung* (Verweisung). Art. 44 der Bundesverfassung verbietet den Kantonen, ihre Bürger aus ihrem Gebiete zu verbannen oder sie ihres Bürgerrechtes verlustig zu erklären. Die Verbannung wandten mehrere Kantone als korrektionele Strafe gegenüber Kantonsbürgern und Kantonsfremden an; sie bedeutet das Verbot, kantonales Gebiet zu betreten. Die polizeiliche Ausweisung aus dem Kanton dagegen untersagt dem Ausgewiesenen zwar den dauernden Aufenthalt auf dem kantonalen Territorium, jedoch nicht das Betreten desselben¹⁾.

Während das Bundesgericht das Verbot der Verbannung auf die schweizerischen Nichtkantonsbürger ausdehnte, haben Bundesrat und Bundesversammlung entschieden, die Kantone seien befugt, den niedergelassenen Kantonsfremden die N. für das ganze Gebiet des Kantons immer dann zu entziehen, wenn die Bedingungen des Entzuges in ihrer Person eingetreten seien.

Der kantonsfremde Schweizerbürger geniesst im fremden Kanton die gleichen Rechte, welche Art. 45 den Kantonsbürgern zusichert. Wenn nun einem Kantonsbürger wegen wiederholter gerichtlicher Bestrafung für schwere Vergehen in einer Gemeinde seines Heimatkantons die N. entzogen wird, so stehen ihm ohne allen Zweifel die sämtlichen anderen Gemeinden seines Kantons offen; die Ausübung seines verfassungsmässigen Rechtes hat nur insofern eine Beschränkung erlitten, als ihm der dauernde Aufenthalt in einer Gemeinde des Kantons untersagt ist. Dem Kantonsfremden, der sich im gleichen Fall befindet, kann, weil er dem Kantonsbürger gleichgestellt ist, die N. in den anderen Gemeinden des Kantons ebensowenig verweigert

¹⁾ Vogt, Kollegienheft 1891/92. Blumer-Morel, 1891, S. 575 ff.

werden. Vom Standpunkt des Bundesrechts lässt sich gegen die Vorschrift kantonaler Gesetze, wonach kantonsfremde Schweizerbürger der N.-Bewilligung der kantonalen Centralbehörde bedürfen, nichts einwenden; die Schweizerbürger stehen jedoch wie die Kantonsbürger unter dem Schutze des Art. 45, welcher letzteren, auch wenn sie mehrfach gerichtlich bestraft sind, die N. in jeder andern Gemeinde ihres Kantons garantirt; also rechtfertigen die Gründe, welche zum Entzug der N. an einem Orte berechtigen, nicht zum Entzug der von der Kantonsbehörde ausgestellten N.-Bewilligung¹⁾.

Anders verhalten sich die Dinge, wenn es sich um einen kantonsfremden Schweizerbürger handelt, dem infolge *strafgerichtlichen Urteils* die bürgerlichen Rechte und Ehren abgesprochen sind, und dem deshalb die N. in *jeder* Gemeinde *verweigert* werden kann. Man kann sich wohl nicht darauf berufen, dass, weil die polizeiliche Ausweisung des Kantonsbürgers unstatthaft²⁾ sei, der kantonsfremde

¹⁾ S. Salis, Nr. 388. Nach dem freiburgischen Gesetz vom 26. Mai 1876 hat jeder Gemeindefremde innerhalb 10 Tagen nach seiner Ankunft in der Gemeinde beim Gemeindeschreiber zu deponieren:

den gehörig legalisirten Heimatschein, wenn er Freiburger ist;

eine von der kantonalen Polizeidirektion ausgestellte N.- oder Aufenthaltsbewilligung, wenn er ein Kantonsfremder ist.

Die N. kann dem Freiburger, der zu seinem Heimatkanton nicht im Verhältnisse des Niedergelassenen steht, natürlich bloss für seine bisherige N.-Gemeinde entzogen und von keiner andern Gemeinde verweigert werden. Im gleichen Falle befindet sich der kantonsfremde Schweizerbürger, weil die Bundesverfassung keinen Unterschied zwischen Kantonsbürgern und -fremden kennt. Die N.-Bewilligung der Gemeinde erlischt, nicht aber diejenige der Polizeidirektion.

²⁾ Es ist ein feststehender Satz des schweizerischen Staatsrechts, dass der Kantonsbürger seine letzte Zufluchtsstätte in seiner Heimatgemeinde finde, und dieser Satz hat gerade in der Bundesverfassung von 1874 durch Art. 44 eine weitere Bekräftigung erfahren. Auch die polizeiliche Ausweisung von Kantonsbürgern aus ihrem Heimatkanton ist deshalb als unzulässig zu erachten. Sie haben in letzterem, d. h. in ihrer Heimatgemeinde, das unbedingte Recht der Wohnsitznahme. Vogt, Kollegienheft 1891/92.

Schweizerbürger ebenfalls nicht ausgewiesen werden dürfe. Letzterer besitzt eben, wenn ihm auch die N. in jeder Gemeinde seines Heimatkantons verweigert werden kann, zu jeder Zeit das Recht der Wohnsitznahme in seiner Heimatgemeinde, während die Regierung dem Kantonsfremden die N. für sämtliche Gemeinden des Kantons zu verweigern befugt ist, was praktisch gleichbedeutend ist mit der polizeilichen Ausweisung aus dem *Kanton*¹⁾.

Ferner gestattet die Bundesverfassung die Ausweisung aus dem Kanton, wenn Kantonsfremde der öffentlichen Wohltätigkeit dauernd zur Last fallen. Der Ausweisung Kantonsfremder aus dem Niederlassungskanton korrespondiert hier die Rückweisung der Kantonsbürger in ihre Heimatgemeinde.

D. Das Recht zur N. zählt zu den Individualrechten; die Garantie des Art. 45 erstreckt sich auf *jeden Schweizerbürger*. Die *Ausländer* sind von der Bundesgarantie ausgeschlossen. Ihr Niederlassungs- und Aufenthaltsrecht im Gebiete der Eidgenossenschaft wird durch die Staatsverträge geregelt. Sofern es sich um die N. solcher Staatsangehöriger handelt, deren Heimatstaat mit der Schweiz in keinem Vertragsverhältnis steht, setzen die Kantone die Bedingungen fest, unter welchen sie diesen Fremden N. oder Aufenthalt in ihrem Gebiete gestatten wollen²⁾.

Was die *Schweizerbürger* anbelangt, so kennt die Bundesverfassung

1. keinen Unterschied in betreff der *Kantonsangehörigkeit*. Ihre Bestimmungen müssen von den Kantonen auf jeden Schweizerbürger, ob er Kantonsbürger sei oder nicht,

¹⁾ Wenn die Erteilung der N.-Bewilligung an kantonsfremde Schweizerbürger durch die kantonale Behörde statthaft erscheint, so muss sie auch befugt sein, im Falle des Art. 45 Abs. 2 dem zuziehenden Schweizerbürger die N. für das ganze Kantonsgebiet zu verweigern.

²⁾ Salis, Nr. 470.

gleichmässig angewandt werden¹⁾; es steht ihnen jedoch frei, ihre Gesetze zur Geltung zu bringen, auch wenn sie von den Bundesvorschriften abweichen, wenn jene Gesetze die Ausübung des Niederlassungsrechts *erleichtern*.

Nach dem Gesetz des Kantons Genf betreffend die Aufenthalts- und Niederlassungsbewilligung vom 8. März 1879 haben die dem Kanton Genf nicht angehörigen Personen, welche in diesem Kanton wohnen wollen, innerhalb acht Tagen eine Niederlassungs- oder Aufenthaltsbewilligung nach eigener Wahl nachzusuchen. Hiezu sind die Genfer Bürger nicht verpflichtet, und sie haben auch nicht die damit verbundenen Gebühren zu bezahlen. Gegen diese Bestimmung wurde an Bundesrat und Bundesversammlung Rekurs erhoben, welche beide die Rekurrenten abwiesen.

In der Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung über diesen Rekurs kommt ersterer zum Ergebnis, es lasse sich vom Standpunkt des Art. 45 gegen das Genfergesetz nichts einwenden, und begründet seine Ansicht mit folgenden Sätzen: « Es fragt sich, ob für die Bewilligung der Niederlassung die eigenen Kantonsbürger günstiger behandelt werden dürfen, als die Schweizer aus andern Kantonen. In dieser Beziehung kommt Art. 43 der Bundesverfassung nicht in Betracht, weil er das bereits fertige Verhältnis der N. voraussetzt. Der Bürger muss niedergelassen sein, um der dort bezeichneten Rechte teilhaftig zu werden.

Für die Entstehung der N. dagegen ist Art. 45 entscheidend.

Durch verschiedene Entscheide ist festgestellt, dass der erste Satz des Art. 45 auch auf die Bürger Anwendung findet, welche in ihrem eigenen Heimatkanton N. erwerben wollen. Allein er hat zunächst nur den Zweck, das Recht des einzelnen Petenten zu schützen und bestimmt das

¹⁾ Salis, Nr. 352, Blumer-Morel, 1891, S. 382.

Maximum, das die Kantone verlangen können. Er verbietet ihnen aber nicht, ihre eigenen Angehörigen von der Vorlage von Legitimationspapieren zu befreien, resp. die N. oder den Aufenthalt aus den tatsächlichen Verhältnissen des einzelnen Mitbürgers abzuleiten. Diese teilweise ungleiche Behandlung der Angehörigen anderer Kantone wird durch die allgemeine Rechtsregel des Art. 60 der Bundesverfassung nicht aufgehoben, weil für das Niederlassungswesen Art. 45 die speziellen und allein massgebenden Regeln enthält »¹⁾.

Eine Bestimmung, welche gegenüber Art. 45 die Ausübung des Niederlassungsrechtes erleichtert und sich sowohl auf Kantons- wie auf Schweizerbürger bezieht, enthält Art. 14 der zürcherischen Staatsverfassung vom 18. April 1869²⁾.

2. Die *Religion* begründet keinen Unterschied, vergl. Bundesverfassung von 1848 Art. 41³⁾, und ebensowenig

3. das *Geschlecht*. Dass die Schweizerbürger männlichen Geschlechts das Recht auf N. besitzen, ist niemals bezweifelt worden; dagegen trifft man noch in neuester Zeit auf Versuche von seiten der Kantone, Weibspersonen vom Recht der freien N. auszuschliessen, obwohl schon die Praxis unter der Bundesverfassung von 1848 den Schutz des Art. 41 den Frauen gewährt hat⁴⁾. In einer Entscheidung vom 6. Mai 1892 wird die Anwendbarkeit des Art. 45 auf Weibspersonen ausdrücklich anerkannt gegenüber einer Verordnung des Kantons Schwyz vom 5. August 1864, zufolge welcher an Frauenspersonen, deren Verhältnisse für einen auswärtigen Aufenthalt nicht genugsames Vertrauen verdienen, keine Ausweisschriften verabfolgt werden sollen. Es heisst in dieser Entscheidung: «Wenn eine das schweiz. Staatsbürgerrecht besitzende Frauensperson selbständig

¹⁾ Salis, Nr. 390.

²⁾ Salis, Nr. 362, 432.

³⁾ S. oben S. 11, 16, 17.

⁴⁾ Ullmer, Nr. 85, 93.

handlungsfähig und nicht strafrechtlich verfolgt ist, so kann sie, wie jeder andere Schweizerbürger, ihren Wohnsitz in der Schweiz frei wählen und ist berechtigt, zu diesem Behufe die Verabfolgung der erforderlichen Ausweisschriften von ihrer Heimatsbehörde zu verlangen; sie muss an jedem Orte des schweizerischen Gebiets als Niedergelassene aufgenommen werden, sofern sie nicht etwa infolge strafgerichtlichen Urteils die bürgerliche Ehrenfähigkeit verloren hat.

Das erwähnte, in der alleg. schwyzerischen Verordnung enthaltene Motiv zur Vorenthaltung der Ausweisschriften steht mit diesem Satz des Bundesrechts nicht im Einklang und kann daher nicht als rechtsgültig anerkannt werden » ¹⁾.

Der Bundesrat hat übrigens von jeher Frauen gegen Verletzung der Bestimmungen des Art. 45 geschützt und dessen Bestimmungen auf beide Geschlechter angewandt²⁾.

4. Die Bundesverfassung kennt ferner keinen Unterschied des *Alters*. *Minderjährigen* Schweizerbürgern ist das Recht auf N. wie allen andern Schweizerbürgern zugesichert, sie sind jedoch, was die Ausübung betrifft, an die Zustimmung des Inhabers der väterlichen oder vormundschaftlichen Gewalt gebunden. Die Ansicht einer kantonalen Regierung, sie sei als Aufsichtsbehörde über das kantonale Schulwesen kompetent, das Domizil minderjähriger schulpflichtiger Kinder zu bestimmen, hat der Bundesrat als eine irrtümliche bezeichnet. Jedes Hauskind könne vielmehr nach der Weisung seiner Eltern, ein Mündel zufolge der Verfügung des Inhabers der vormundschaftlichen Gewalt die N. an einem Orte erwerben, wenn die den Bewerber zivilrechtlich vertretende Person mit Hinterlegung des verfassungsgemäss erforderlichen Ausweispapiers

¹⁾ B.-Bl. 1892 II 1115.

²⁾ Vgl. z. B. Salis, Nr. 352, 407, 431, 438, 444.

das bezügliche Begehren stelle¹⁾. Schon in früheren Entscheiden hatte übrigens der Bundesrat anerkannt, dass, wenn minderjährige Kinder oder andere bevormundete Personen infolge einer Verfügung oder mit Einwilligung der zuständigen Vormundschaftsbehörde, zu deren Befugnissen es gehöre, den (öffentlichrechtlichen) Wohnsitz der bevormundeten Person zu bestimmen, an einem Orte sich niederlassen wollen oder sich aufhalten, die Heimatgemeinde²⁾ verpflichtet sei, den bevormundeten Niederlassungspetenten die Ausweispapiere zuzustellen³⁾.

In der Ausübung ihres Rechts ist ferner beschränkt die *Ehefrau*. Sie besitzt nach civilrechtlichen Grundsätzen in Beziehung auf die Wahl ihres Wohnsitzes keine freie Willensbestimmung. Die in ungetrennter Ehe lebende Ehefrau hat ihren öffentlichrechtlichen Wohnsitz am Wohnsitz des Mannes; die Behörden sind demnach, laut einem bundesrätlichen Entscheid, nicht verpflichtet, einer in ungetrennter Ehe lebenden Frau ohne Einwilligung ihres Mannes die Ausweisschriften zu verabfolgen, um ihr dadurch die N. ausserhalb des Wohnsitzes des Mannes zu ermöglichen⁴⁾.

Schwierigkeiten bei der Anwendung des Art. 45 haben sich ergeben, wenn die Bedingungen des Erwerbes oder des Entzuges der N. in der Person des einen Ehegatten vorhanden sind, in der des andern nicht. Der Bundesrat hat zwar im Anschluss an die Praxis, welche vor 1874 in Geltung war⁵⁾, anerkannt, dass die Bedingungen für den

¹⁾ B.-Bl. 1893 I 211 ff., vgl. Ullmer, Nr. 131, Salis, Nr. 468, Ziff. 1 und 2.

²⁾ bezw. die N.-Gemeinde.

³⁾ Salis, Nr. 469 u. 466.

⁴⁾ Salis, Nr. 358, 359, Entscheidungen des Bundesgerichtes Bd. XX S. 739 ff.

⁵⁾ Ullmer, Nr. 85, 93, B.-Bl. 1871 II 364, vgl. Bundesgesetz betr. die civilrechtlichen Verhältnisse der Niedergelassenen und Aufenthalter, Art. 4, Abs. 1.

Entzug und den Erwerb der N. individualrechtlichen Charakter hätten und dass deshalb deren Mangel, bezw. deren Vorhandensein bei tatsächlich verschiedenen Verhältnissen nicht ohne weiteres auf den anderen Ehegatten oder von einem Familiengliede auf das andere übertragen werden dürfe¹⁾, aber die Praxis hat dem Recht auf N. nicht immer seinen individualrechtlichen Charakter zu wahren vermocht, und zwar sind es hier die Frauen, welche den kürzeren gezogen haben. Wenn die Bedingungen des Entzuges in der Person der Ehefrau erfüllt waren, so ist deren Mann regelmässig nicht ausgewiesen worden, dagegen wurde die Frau immer mitausgewiesen, wenn die Behörden die N. dem Manne entzogen²⁾. Im letzteren Fall rechtfertigte man die Ausweisung der Frau mit praktischen Gründen. So heisst es in einer Entscheidung, es liege kein Grund vor, die Wirkungen der gegen den Ehemann verfügten Ausweisung nicht auf die Frau und die bei den Eltern wohnenden minderjährigen Kinder auszudehnen, indem die Wegweisung des Mannes bei den vorhandenen faktischen Verhältnissen geradezu illusorisch sein und unausgeführt bleiben würde, wenn der Wohnsitz der betr. Familie am bisherigen Orte wie bis anhin länger geduldet werden müsste³⁾. Mit dem individualrechtlichen Charakter lassen sich solche Entscheidungen allerdings nicht vereinigen. Die Ehefrau ist ohne Zweifel befugt, mit Zustimmung ihres Mannes selbständige N. in der Gemeinde zu nehmen, welche dem Ehemann die N. verweigert oder entzieht. Die Wegweisung soll mit anderen Mitteln aufrecht erhalten werden als mit dem freilich bequemen, die Wirkungen des Wegweisungsbeschlusses auf die gesamte Familie auszudehnen. Der Bundesrat scheint vor 1874 die Rechte der

¹⁾ Salis Nr. 435.

²⁾ Salis, Nr. 434, 435; Bundesblatt 1892 II 559, Salis, Nr. 433, 436.

³⁾ Salis, Nr. 436.

Schweizerbürgerinnen besser geschützt zu haben¹⁾. Die Bedenken, welche in denjenigen Fällen geltend gemacht wurden, wo die Ausweisungsverfügung nur den einen Ehegatten betraf, und welche sich darauf bezogen, dass durch administrative Massregel faktisch Ehetrennungen vorgenommen wurden, treffen jedenfalls viel eher zu, wenn die Frauen allein ausgewiesen werden, denen die Männer nicht zu folgen verpflichtet sind, als im umgekehrten Fall, weil die ausgewiesenen Männer es in der Hand haben, getrennten Wohnsitz der Ehegatten zu verhindern. Mit Rücksichten auf das praktische Leben kann, wenigstens in diesem Punkte, der Bundesrat seine Praxis nicht rechtfertigen.

Verweigerung oder Entzug der N. der Eltern begreift Verweigerung oder Entzug der N. der minderjährigen und selbstverständlich auch der volljährigen Familienglieder, auch wenn sie in derselben Haushaltung zusammen wohnen, nicht in sich.

Wenn der Inhaber der elterlichen oder vormundschaftlichen Gewalt gegen ihr Verbleiben am N.-Orte nichts einwendet, so darf den Minderjährigen, sofern nicht in ihrer eigenen Person Gründe zum Entzug oder zur Verweigerung der N. vorhanden sind, die N. weder verweigert noch entzogen werden. Umgekehrt schliesst die Ausweisung minderjähriger Familienglieder die Ausweisung volljähriger nicht in sich²⁾. Mit diesen Sätzen steht im Widerspruch eine bundesrätliche Entscheidung aus dem Jahre 1883, welche die von den Behörden des Kantons Bern gegen eine Ehefrau verfügte Ausweisung aus Bern, infolge wiederholter gerichtlicher Bestrafung wegen schwerer Vergehen auch in ihrer Ausdehnung auf den minderjährigen Sohn aus aufgelöster erster Ehe der ausgewiesenen Frau guthiess, in der Erwägung, die Ausweisung des minder-

¹⁾ S. die Seite 33 Anm. 5 cit. Entscheidungen.

²⁾ Vgl. Ullmer, Nr. 143.

jährigen Sohnes sei nicht nur eine in der Natur der Sache liegende, sondern auch eine « rechtlich wohlbegründete » Massnahme, weil der Sohn durch schlechtes Betragen gleichfalls zu öffentlicher Klage Anlass gegeben habe. Ganz abgesehen davon, dass es fraglich ist, ob in solchen Fällen die Ausweisung der Kinder mit den Eltern wirklich in der Natur der Verhältnisse liege, leuchtet ohne weiteres ein, dass die Ausweisung sich jedenfalls als eine « rechtlich wohlbegründete » Massnahme nicht qualifiziert ¹⁾.

Anders verhält es sich, wenn das Haupt der Familie durch Verarmung zur Last fällt. Dadurch wird die ganze Familie betroffen, und deshalb ist die Erstreckung der Ausweisung auf die ganze Familie gerechtfertigt ²⁾.

E. Die auf Grund des Heimatscheins erteilte N.-Bewilligung erlischt gegen den Willen des Niedergelassenen nur in den Fällen, welche Art. 45 aufzählt, bzw. welche sich aus der Absicht des Art. 45 ergeben.

Demnach ist das Bundesgesetz über die Dauer und die Kosten der N.-Bewilligung ³⁾, soweit dasselbe sich auf die Dauer der N.-Bewilligung erstreckt, aufgehoben. In einer Entscheidung vom Jahre 1875 hat der Bundesrat die Frage, ob nach Ablauf der vierjährigen Gültigkeit einer N.-Bewilligung die Erneuerung der letzteren nötig sei, verneinend entschieden: « Die Bestimmung des Art. 1 des Bundesgesetzes vom 10. Dezember 1849:

« Die N.-Bewilligungen werden an Schweizerbürger auf die Dauer von wenigstens vier Jahren erteilt.

Wenn jedoch die Ausweisschriften (Bundesverfassung 1848, Art. 41 Ziff. 1 litt. a) früher ihre Gültigkeit verlieren und nicht rechtzeitig erneuert oder durch andere ersetzt werden, so erlöscht auch die N.-Bewilligung, » — steht im

¹⁾ Salis, Nr. 437.

²⁾ Salis, Nr. 440, 438.

³⁾ S. S. 13.

Widerspruch mit der neuen Bundesverfassung¹⁾, indem sich das in Art. 45 der Bundesverfassung vorgesehene Bundesgesetz lediglich auf die Feststellung des Maximums der für die N.-Bewilligung zu bezahlenden Kanzleigebühr beschränken muss und nicht mehr auch die Dauer der N. feststellen darf, wie im Art. 41 Ziff. 3 der Bundesverfassung des Jahres 1848 vorgeschrieben war.

Es fragt sich daher, ob die Bestimmung des Bundesgesetzes bezüglich der Dauer einer N.-Bewilligung sofort mit der Annahme der neuen Bundesverfassung ausser Kraft getreten ist, oder ob dieses erst mit dem Zeitpunkte der Fall sein wird, wo die im Sinne des Art. 45 nötige Revision jenes Bundesgesetzes in Kraft treten wird.

Diese Frage muss im Sinne der ersten Alternative beantwortet werden; denn es liegt ohne Zweifel im Sinn und Geist von Art. 2 der Übergangsbestimmungen der Bundesverfassung, dass alle Vorschriften der letztern, deren Inhalt positiv und unzweideutig klar ist und nicht erst durch ein besonderes Gesetz zur äussern Erkenntnis gebracht zu werden braucht, sofort mit der Bundesverfassung in Kraft getreten sind.

Nun hat nach Art. 45 der Bundesverfassung jeder Schweizer unbedingt das Recht, sich innerhalb des schweizerischen Gebietes an jedem Orte niederzulassen, wenn er einen Heimatschein oder eine andere gleichbedeutende Ausweisschrift besitzt, ohne dass weitere Bestimmungen und Vorbehalte an die Ausübung dieses Rechtes geknüpft wären, wie dieses in der Bundesverfassung von 1848 der Fall gewesen ist. Es darf daher die N. nicht mehr auf eine gewisse Zeitdauer beschränkt und ebensowenig deren Erneuerung gefordert werden, denn sie kann, einmal erworben, nicht anders aufhören, als durch den freien Willen

¹⁾ S. S. 61.

des Inhabers oder in den durch Art. 45 vorgesehenen besonderen Fällen »¹⁾).

F. Dem Recht, sich an jedem Orte niederzulassen, korrespondirt das Recht des *Wegzuges* von jedem Ort. Die Bundesverfassung hat die Regelung des Rechts zum Wegzug der *Praxis* überlassen; erst durch die interpretierende Tätigkeit der Bundesbehörden ist aus dem Recht auf N. i. e. S. das Recht auf N., wie es die jetzige Bundesverfassung kennt, d. h. das Recht der *Freizügigkeit* erwachsen. Da zur Ausübung des durch Art. 45 zugesicherten Rechts Besitz eines Heimatscheines unbedingte Voraussetzung ist, so hatten die Behörden der Heimat- wie der N.-Gemeinden das wirksamste Mittel bei der Hand, die Freizügigkeit des Schweizerbürgers in erheblichem Maasse zu beschränken. Im folgenden soll die Entwicklung des Rechts zum *Wegzug* zur Darstellung kommen.

Das Freizügigkeitskonkordat vom 10. Juli 1819 verpflichtete die konkordirenden Stände, der eine den Kantonsbürgern des andern die N. zu gestatten; um die N.-Bewilligung zu erhalten, musste der Schweizer in erster Linie einen Heimatschein vorlegen. Das Konkordat garantierte somit den Bürgern der betr. Stände keineswegs Freizügigkeit; es verpflichtete zwar die Kantone, die N. den Bürgern anderer Kantone zu gestatten, sofern sie einen Heimatschein etc. besaßen, verpflichtete aber den Heimatkanton nicht, seinerseits seinen Bürgern zur N. ausserhalb des Heimatkantons dadurch zu verhelfen, dass er ersteren auf ihr Verlangen die notwendigen Ausweisschriften zustellte. Über das Verhältnis des Bürgers zu den Behörden seines Heimatkantons enthielt das Konkordat keine Bestimmungen; die Kantone mochten also ihren Bürgern je nach ihrer Gesetzgebung und aus irgend welchen Gründen die N. in einem andern Kanton ermöglichen oder sie daran hindern.

¹⁾ Salis, Nr. 401 s. S. 61 ff.

Der *Bundesverfassung von 1848* war es offenbar vor allem darum zu tun, die Engherzigkeit und Abgeschlossenheit einzelner Kantone zu brechen, wenn sie vorschrieb, die Kantone dürften keinem Schweizerbürger die N. in ihrem Gebiete verweigern. Man begnügte sich damit, das Gebiet sämtlicher Kantone allen Schweizerbürgern zu öffnen, und beabsichtigte im Jahre 1848 wohl noch nicht, in das Verhältnis des Kantonsbürgers zu seinen heimatlichen Behörden einzugreifen. Von Freizügigkeit konnte unter solchen Umständen nicht die Rede sein, und es war nunmehr Sache der Bundesbehörden, den in der Bundesverfassung niedergelegten Gedanken der Freizügigkeit dadurch zu entwickeln, dass sie die Kantone anhielten, den Wegzug ihrer Bürger und der kantonsfremden Niedergelassenen nicht zu verunmöglichen. Anfänglich freilich verhielt sich der Bundesrat gegen diese ausdehnende Interpretation des Art. 41 ablehnend. Im Jahre 1856 noch wies er Rekurse von Schweizerbürgern, welche sich über ihren Heimatkanton wegen Verweigerung der Aushingabe von Heimatscheinen und daheriger Erschwerung der N. beschwerten, unter folgender Begründung ab:

« 1. Durch Art. 41 der Bundesverfassung setzt der Bund das Rechtsverhältnis der N. zwischen dem N.-Kanton und dem Niedergelassenen fest und nimmt es unter seine Garantie, er schreibt aber keineswegs vor, dass der Heimatkanton unter allen Umständen diejenigen Schriften an einen Bürger verabfolgen müsse, deren er zur N. in einem andern Kanton bedarf.

2. Es fällt daher die Frage, ob und in welchen Fällen ein Kanton seinen Angehörigen Heimatscheine vorenthalten könne, der kantonalen Gesetzgebung anheim, und es wäre eine Intervention des Bundes nur dann statthaft, wenn diesfällige Verfügungen gegen das Prinzip der Bundesverfassung gerichtet und auf die Umgehung der letzteren berechnet wären. »

Zu dieser Entscheidung bemerkte die nationalrätliche Geschäftsprüfungskommission: «Das allen Schweizern gewährleistete freie N.-Recht muss an sich die Befugnis, aus seinem Heimatkanton wegziehen zu können und die Verpflichtung für die Behörden dieses Kantons nach sich ziehen, die nötigen Legitimationsschriften auszuliefern, damit der Aufenthalt in einem andern Kanton gestattet werde. Mit einem Worte, die durch Art. 41 ausgesprochene Gewährleistung gilt sowohl gegenüber dem Heimatkanton, aus dem man wegziehen will, als gegenüber demjenigen Kanton, in dem man sich niederzulassen im Begriffe steht»¹⁾.

Gegen diese Auslegung der Bundesverfassung lässt sich in der Tat nicht viel einwenden. Das Prinzip des Art. 41 ist in dessen Eingang niedergelegt: Der Bund gewährleistet allen Schweizern das Recht der freien N. im ganzen Umfange der Eidgenossenschaft. Die nachfolgenden Bestimmungen schränken zwar die Bedeutung des Eingangssatzes, welcher, für sich allein betrachtet, die N.-Freiheit im Sinne der Bundesverfassung von 1874 proklamieren würde, in ganz erheblichem Maasse ein; aber auch in der vorliegenden Fassung ist die Interpretation des Art. 41 von seiten der genannten Kommission durchaus nicht unzulässig; denn letzterer begründet ein individuelles Recht, welches, nach dem ihm innewohnenden Gedanken, gegen jede Beeinträchtigung, von wem immer sie komme, geschützt sein muss²⁾.

Trotz den Bemerkungen jener Kommission konnte sich der Bundesrat nicht ohne weiteres dazu entschliessen, zur Richtschnur seiner Praxis den Satz zu acceptiren, dem Recht auf N. entspreche die Pflicht der Behörden zur Herausgabe der Schriften. Einem im Kanton St. Gallen wohnhaften Schweizerbürger verweigerte die Heimat-

¹⁾ Ullmer, Nr. 121.

²⁾ Vgl. Ullmer I, S. 131.

gemeinde die Herausgabe seiner Ausweisschriften, so lange er nicht die Armensteuern bezahlt habe. Der Bundesrat wies den gegen die bestätigende Verfügung der Kantonsregierung erhobenen Rekurs ab, die Bundesversammlung dagegen hiess ihn auf Antrag der Kommission des Ständerates gut, deren Bericht wir folgende Ausführung entnehmen: « Man darf die Frage aufwerfen, ob das bundesmässige Recht der freien N. nicht als ein für sich bestehendes und jedenfalls so sehr prädominirendes anzusehen sei, dass die Existenz rückständiger Steuerschulden an die Heimat überhaupt niemals einen Grund abgeben kann, die erforderlichen Schriften zur N.-Erwerbung in einem anderen Kanton, inklusive im Umfang der ganzen Eidgenossenschaft zu verweigern. Zu dieser Frage folgt die Legitimation aus einem doppelten Gesichtspunkte. Für's erste ist die vorausgehende Tilgung der Schulden an den Staat, die Gemeinden oder an Private im mindesten nicht als *conditio sine qua non* des Bürgerrechts und daher auch nicht der nach Art. 41 Ziff. 1 litt. a und c zur N. erforderlichen Beurkundung derselben, d. h. des Heimatscheines anzusehen. Darin besteht eben die Unrichtigkeit der bisherigen bundesrätlichen Auslegung des Art. 41, dass man den Heimatbehörden gestattet hat, die Beurkundung von blossen nackten Tatsachen gemäss litt. a und c (ob jemand Gemeindebürger sei und in politischen Ehren und Rechten stehe) von ganz fremdartigen Nebendingen abhängig zu machen und rein willkürlich an die Bedingung vollständig erfüllter Steuerpflicht zu knüpfen. Es ist das offenbar eine Folge davon, dass man eben noch unter der Herrschaft der früheren Begriffe und Anschauungen sich befunden hat »¹⁾.

Mit dieser Entscheidung hatte die Bundesversammlung ohne Zweifel einen wichtigen Schritt in der Entwicklung des schweizerischen Niederlassungsrechts vorwärts

¹⁾ Ullmer, Nr. 133.

getan. In der Tat boten die kantonalen Gesetze den Heimatbehörden reichliche Gelegenheit, durch Verweigerung der Ausstellung der Ausweisschriften der freien N. hindernd in den Weg zu treten¹⁾. In der Folge verlangten die Bundesbehörden immer die *Aushingabe der nötigen Schriften*, bzw. *untersagten sie die Rückziehung* derselben seitens der *Heimatbehörden*, wenn ihr auswärts niedergelassener Ortsbürger die der Heimatgemeinde schuldigen Armen- oder Militärpflichtersatzsteuern zu zahlen sich weigerte²⁾.

Die logische Entwicklung forderte aber den Schutz der Schweizerbürger in ihrem Rechte auch dann, wenn die *Niederlassungsgemeinde* die Rückhaltung der Ausweisschriften verfügte. Die Bestimmung des Gemeindegesetzes von Schaffhausen, wonach keine Gemeinde gehalten war, die Ausweisschriften an die betr. Person aushinzugeben, bevor dieselbe die etwa geschuldeten Beiträge an die Gemeindelasten oder sonstige in dem Gesetze ihr auferlegte Gebühren vollständig entrichtet und ihre allfälligen Gläubiger befriedigt hätte, erklärte die Bundesversammlung im Jahre 1862 als mit Art. 41 in Widerspruch stehend; « es stehe fest, dass für schuldige Beiträge an die Gemeindelasten Niedergelassenen die Ausweisschriften nicht verweigert oder zurückbehalten werden dürften »³⁾.

Die *Bundesverfassung von 1874* überlässt die Beantwortung der Frage, in welchen Fällen die Verweigerung der Ausstellung von Ausweisschriften bzw. deren Rückhaltung zulässig sei, ebenfalls der *Praxis*.

Aus dem allgemeinen Charakter des Niederlassungsartikels der jetzigen Bundesverfassung folgt, dass die Schriften jedem Schweizerbürger auf dessen Verlangen,

1) Vgl. z. B. Ullmer, Nr. 122.

2) Ullmer, Nr. 130, 781.

3) Ullmer, Nr. 803.

sei es von der Heimatgemeinde, sei es von der Niederlassungsgemeinde, zugestellt werden müssen, auch wenn er sie zum Zwecke der N. im Heimatkanton begehrt, während vor 1874 der Kantonsbürger die Zustellung seitens der Heimatbehörden nur zum Zwecke der N. in einem andern Kanton oder seitens der Niederlassungsgemeinde in einem andern Kanton zum Zwecke der weitem N. verlangen konnte.

Im übrigen schloss sich die bundesbehördliche Praxis der früheren Praxis an, wonach die Zurückhaltung von Ausweisschriften wegen Schulden verfassungswidrig sei; hiebei sei nicht zu unterscheiden zwischen Schulden, welche an *Private*¹⁾, und solchen, welche dem *Staate* für Steuern (Armen-, Militärpflichtersatzsteuern) zu leisten seien²⁾.

Der Bundesrat hob ferner kantonale Vorschriften des Inhalts, dass Jemand, der die Absicht aus dem Kanton wegzuziehen habe, dieselbe rechtzeitig publizieren müsse, und dass er die Papiere erst später, nach Ablauf einer bestimmten Frist, zurückerhalten könne, auf, und wies die kantonalen Behörden an, dem wegziehenden Bürger auf erstes Verlangen und ohne eine vorgängige Mahnung an das Publikum die deponirten Legitimationspapiere aushinzugeben³⁾.

Am 18. und 19. März 1875 wurde auf dem Wege der Rekursentscheidung durch die Bundesversammlung folgender Satz aufgestellt: Die Zurückhaltung von Ausweisschriften wegen civilrechtlicher Forderungen verletzt das durch Art. 45 der Bundesverfassung dem Schweizerbürger gewährleistete Recht der freien N.

¹⁾ Schon in der früheren Praxis anerkannt, s. Ullmer, Nr. 803, vgl. Nr. 806 Erw. 3.

²⁾ Salis, Nr. 451—453. In der Stadt Zürich werden keine Ausweisschriften zurückgegeben ohne die Bescheinigung der Stadtkasse, es seien alle fälligen Steuern bezahlt. Die Entscheidungen des Bundesrates werden ignorirt und sind somit praktisch wertlos.

³⁾ Ullmer, Nr. 152. Salis, Nr. 458—460.

Dieser Beschluss erscheint überflüssig, wenn man in Betracht zieht, dass die Praxis des Bundesrates schon seit langen Jahren Rückhaltung von Ausweispapieren wegen civilrechtlicher Forderungen unzulässig erklärte. In dem Falle, welcher zu diesem Beschlusse die Veranlassung gegeben hatte, handelte es sich aber nicht um die Rückhaltung wegen Schulden¹⁾, vielmehr gelangte die Frage zur Entscheidung, ob die Ausweisschriften Vermögensstücke darstellten, an denen Privatrechte möglich seien. Es kam nämlich häufig vor, dass Arbeiter, Gesellen u. s. w. ihren Arbeit- oder Kostgebern zur Sicherung allfälliger Guthaben der letzteren die Aufenthaltskarte oder die amtliche Bescheinigung, dass die Schriften hinterlegt seien, verpfändeten. Die Schriften wurden von den Behörden nur gegen Rückgabe der Aufenthaltskarte etc. herausgegeben; somit waren diejenigen Leute, welche ihre Karten verpfändet hatten, gezwungen, den Pfandbesitzer zu befriedigen, um dadurch von letzterem die Herausgabe der Aufenthaltskarte zu erlangen, auf deren Vorweisung hin ihnen die Behörden die deponirten Schriften zustellten. Beschwerden wegen Verweigerung der Herausgabe der Ausweispapiere wurden abgewiesen, weil ein civilrechtliches Verhältniss in Frage liege. Die Behörden könnten nicht dazu angehalten werden, die Schriften zurückzugeben, weil dadurch, wie es in einer Entscheidung vom Jahre 1863 heisst, «einerseits auf indirektem Wege und mit Beseitigung des Richters die ganze Bedeutung des allfälligen Civilrechtes (des pfandbesitzenden Arbeitgebers) aufgehoben würde, und weil es andererseits nicht als eine bundeswidrige Erschwerung des Niederlassungsrechtes zu betrachten ist, wenn ein kantonales

¹⁾ Die Behörden hatten die Papiere nicht von Amtes wegen zurückbehalten, bis das betreffende Individuum seine Schulden am Aufenthaltsorte bezahlen würde, sondern die Herausgabe deshalb verweigert, weil auf die Papiere Beschlagnahme gelegt war, s. Ullmer, Nr. 806, Erwäg. 3.

Gesetz im Interesse der administrativen Ordnung die Herausgabe der Ausweisschriften an die Bedingung der Rückerstattung des Aufenthaltsscheines knüpft, vorausgesetzt, dass es in der Macht des Reklamanten steht, sich diesen Schein zu verschaffen und somit selbst das Hindernis zu heben»¹⁾.

Gegen diese Praxis wandte sich der Berichterstatter der Geschäftsprüfungskommission des Ständerates im Jahre 1875 und legte die Bedeutung des Heimatscheines klar, indem er folgendes ausführte: «Die Ausweisschrift, heisse sie Heimatschein, Pass u. s. w., ist nicht ein Vermögensstück, das zum Gegenstande der Beschlagnahme, der Verpfändung, der Zurückbehaltung gemacht oder das gegen Geld zur Bezahlung einer Schuld verkauft werden kann; vielmehr ist dieselbe ein Administrativaktenstück durchaus persönlicher Natur und mit dem Individuum verknüpft; sie ist die Matrikel, die administrative Erklärung des Namens der betr. Person, ihrer Abstammung und Heimat; sie ist ein dem Handel entzogenes Aktenstück, ein von der zuständigen Behörde ausgestellter Auszug aus den öffentlichen Registern.

Ein Meister, ein Arbeitgeber, ein Wohnungs- oder Pensionsgeber kann daher keinerlei Civilrecht auf die Ausweisschrift erwerben; er kann so wenig Eigentümer oder Käufer der Schrift als Eigentümer der Person des Betreffenden werden, wie er sie auch nicht versteigern kann.

Er kann es um so weniger, da diese Schrift in die Hände der Polizeibehörde niedergelegt wird. Der Empfangschein oder die Aufenthaltsbewilligung ist die Erklärung der zuständigen Behörde über Gestattung des Aufenthaltes in der Gemeinde oder im Staate. Dieses Recepisse wird erteilt infolge Deponirung der Ausweisschrift; allein dasselbe kann in keiner Weise als Bestandteil des Ver-

¹⁾ Ullmer, Nr. 806, vgl. Nr. 920, 319.

mögens des Betreffenden betrachtet werden, das als gemeinsames Pfand der Gläubiger haftet und als Gewährleistung für die pekuniäre Erfüllung seiner civilrechtlichen Verpflichtungen dienen kann.

Nach der Bundesverfassung hat jeder Bürger das Recht, sich frei im ganzen Umfange der schweizerischen Eidgenossenschaft niederzulassen, wenn er einen Heimatschein oder eine gleichbedeutende Ausweisschrift vorweist.

Die Kantone, die Gemeinden und die Privaten dürfen dieses verfassungsmässige Recht nicht beeinträchtigen unter dem Vorwande, dass der betr. Bürger seine Steuern, seine Schulden nicht bezahlt oder seine Verpflichtungen nicht erfüllt habe. Sie können ihn bestrafen, wenn er die Staatsgesetze verletzt, wenn er ein Vergehen oder eine Übertretung begangen hat; sie können in den gesetzlichen Formen die Urteile der Gerichte vollziehen lassen durch Anwendung von Gefängnisstrafe, durch Beschlagnahme von Vermögen zur Bezahlung von Steuern und Bussen; allein sie dürfen nicht auf dem Wege der Zurückhaltung der Ausweisschrift vorgehen, wodurch sie sich einseitig selbst Recht verschaffen und die verfassungsmässigen Garantien der freien N. illusorisch machen würden. Diese Retention ist überdies keine gesetzliche Form des Betreibungsverfahrens, und der Art. 50 der Bundesverfassung (1873) schützt auch in dieser Beziehung den Bürger gegen jede Forumsentziehung für den Fall, wo man versuchen wollte, diesen Willkürakt mit einem im Civilrecht bekannten Namen zu taufen.

Was das Argument anbetrifft, dass die Ausweisschrift in Händen der Behörden bleiben müsse bis zur Erstattung des Recipisse, so geben wir zu, dass dies die Regel sein kann; allein sie erleidet auch Ausnahmen; so muss im Falle des Verlorengehens dieses Recepisse, im Falle seiner willkürlichen Zurückhaltung durch einen Dritten die Behörde gehalten sein, die Ausweisschrift zurückzugeben, nach Kon-

statirung der Identität des Reklamanten, damit der Bürger gemäss der Verfassung eine neue N. erlangen kann »¹⁾.

Im Jahre 1875 beschwerte sich beim Bundesrat ein Bürger, dass ihm von der Stadtpolizei in St. Gallen die Herausgabe seiner Ausweisschriften verweigert werde, weil sie von seinem Dienstherrn für eine Forderung des letztern mit Beschlag belegt worden seien. Der Bundesrat wies den Rekurs ab, da er nicht kompetent sei zu interveniren, wenn ein Bürger einen civilrechtlichen Anspruch auf die Ausweisschrift eines andern Bürgers erworben zu haben behaupte. Hiegegen erhob der betreffende Bürger Rekurs an die Bundesversammlung, und diese erklärte die Beschwerde für begründet, indem sie sich dem Berichterstatter der ständerätlichen Kommissionsmehrheit anschloss, der sich in seinen Ausführungen wiederum auf den oben citirten Kommissionsbericht stützte²⁾. Der Berichterstatter war der Ansicht, es sei lediglich da, wo eine Disposition über die Person des Trägers zulässig sei, also namentlich im Strafprozesse, eine fremde Verfügung über die Ausweisschriften gestattet. Da die Ausweisschriften das ungehemmte Fortkommen einer Person bedingten, so komme jede dem Willen des Trägers derselben zuwiderlaufende Verfügung im Effekte, wenn auch nicht einer förmlichen Verhaftung, so doch wenigstens einer Eingränzung des Schuldners in seine Heimatgemeinde oder in diejenige Gemeinde, wo die Schriften deponirt seien, in soweit gleich, als dem Träger die Wahl eines anderen Domicils zur Unmöglichkeit gemacht werde. An der Ausübung des Niederlassungsrechtes könne der Schweizerbürger ausser in den in der Bundesverfassung vorgesehenen Fällen durch niemand und aus keiner Veranlassung gehindert werden. Jede widerrechtliche Vorenthaltung der Ausweisschriften

¹⁾ B.-Bl. 1874 I. 772.

²⁾ Vgl. Ullmer Nr. 133 (S. 133), oben S. 41.

sei eine Verletzung der verfassungsmässigen Rechte des Schweizerbürgers und verpflichte den Bund, den nachgesuchten Schutz gegen einen solchen Eingriff zu gewähren. Ein widerrechtlicher Eingriff liege auch da vor, wo jemand mit ausdrücklicher Einwilligung des Trägers von Ausweisschriften in deren Besitz gelange, sobald die Einwilligung zur Fortsetzung des Besitzes zurückgezogen und gleichwohl die Rückgabe verweigert werde. Jede Verpflichtung, welche darauf abziele, die Ausübung des Rechtes der freien N., welches ein absolut unveräusserliches sei, direkt oder indirekt unmöglich zu machen, entbehre jeder Rechtsbeständigkeit¹⁾.

Der Beschluss der Bundesversammlung vom 18./19. März 1875 erscheint insofern inkorrekt, als er unrichtige Vorstellungen zu erwecken geeignet ist. Nicht wegen civilrechtlicher Forderungen erfolgte die Zurückhaltung der Ausweispapiere, sondern weil die Behörden fälschlicher Weise annahmen, die Schriften seien Bestandteile des Vermögens ihres Trägers, an welchen Privatrechte begründet werden könnten, die sie nicht ignorieren dürften. Diese Auffassung ist als unrichtig bezeichnet und zurückgewiesen worden. Der Beschluss will also besagen, Ausweisschriften könnten nicht Gegenstand von Rechtsgeschäften sein. Daraus ergibt sich dann allerdings als Folge die Weisung an die kantonalen Behörden, Verträge über Rückhaltung von Ausweispapieren in Zukunft nicht mehr zu berücksichtigen²⁾.

Die Rückhaltung der Ausweisschriften am Heimat- oder Niederlassungsorte ist nach bundesrechtlicher Praxis nur *gestattet*, wo eine Disposition über die Person des Trägers zulässig ist, also wenn das betreffende Individuum *strafrechtlich verfolgt* wird. «Es ist ein in der bundesrechtlichen Praxis konsequent anerkannter Grundsatz, dass die

¹⁾ Salis, Nr. 450.

²⁾ Siehe oben S. 44, ferner S. 51.

Anwendung der Strafjustiz, die strafgerichtliche Verfolgung eines Schuldverdächtigen, sowie die Strafvollstreckung gegen Verurteilte den Kantonen nicht von Bundes wegen erschwert oder verunmöglicht werden darf.» Dagegen hat der Bundesrat entschieden, bloss *polizeiliche* Gründe seien nicht stark genug befunden worden, um einer Beschränkung des verfassungsmässigen Niederlassungsrechtes als Stütze zu dienen; die Rückhaltung sei nicht gerechtfertigt, wenn es sich um Geldbussen handle, die auf Grund von bloss polizeilichen oder fiskalischen Gesetzen ausgesprochen würden, selbst dann nicht, wenn die Busse im Nichtzahlungsfalle in Gefängnis umgewandelt werden könne¹⁾.

Von dieser Praxis ist der Bundesrat in einem einzigen Falle abgewichen. Ein Glarner war mit einer Busse von 5 Franken belegt worden, weil er sich ins Ausland begeben hatte, ohne sich beim Sektionschef abzumelden. Die Herausgabe eines Heimatscheines wurde ihm bis zur Bezahlung der Busse verweigert. Dem Bundesrat schien es geboten, die kantonalen Polizeibehörden, welche sich, bevor sie Heimatschriften aushingeben, durch Vorlage des Dienstbüchleins über die Leistung der militärischen Obliegenheiten, An- und Abmeldung, Urlaubserteilung etc. überzeugen wollten, in ihrem Rechte zu schützen, event. dieselben zu ermächtigen, die Ausweisschriften zurückzuhalten, bis der Inhaber sich mit den militärischen Pflichten abgefunden habe. Die Erwägungen, welche den Bundesrat zur Abweisung des Rekurses veranlassten, gingen dahin, dass die auf der Bundesverfassung basirende Militärpflicht dem individuellen Recht der Niederlassungsfreiheit vorgehe. Ohne Urlaub dürfe sich der Militärpflichtige nicht auf längere Zeit ins Ausland begeben; bei Piquetstellung dürfe er seine Heimat nicht mehr verlassen etc. Dagegen ist einzuwenden, dass im gewöhnlichen Leben die Rechte

¹⁾ Salis, Nr. 443—446, 448, 449, 464, 466, 1.

des Bürgers durch militärpolizeiliche Vorschriften nicht aufgehoben werden dürfen; die Militärbehörden sollen die Befolgung ihrer Anordnungen auf anderem Wege erzwingen. Übrigens ist ohne weiteres klar, dass, wenn die Niederlassungsbewilligung seitens der Niederlassungsgemeinde nicht abhängig sein soll von der Vorlage militärischer Ausweisschriften¹⁾, deren Rückhaltung wegen Nichtabmeldung bei Militärbehörden ebenfalls nicht gestattet sein kann. Anders verhält es sich bei Piquetstellung, bei Aufgeboten. Hier wendet sich ein militärischer Befehl an den Soldaten, und vor der Eigenschaft des Soldaten verschwinden die Qualitäten des Bürgers, während sie in der Regel in den Vordergrund treten²⁾.

«Die Frage, unter welchen Umständen der Heimatkanton berechtigt sei, die Ausstellung von Legitimationspapieren an seine eigenen Bürger zu verweigern oder zu erschweren, ist nach den gleichen Grundsätzen zu beurteilen, wie die Gründe zum Entzug der N., indem der Heimatkanton das Recht der freien N. nicht mehr beschränken darf als der Niederlassungskanton »³⁾.

« Wenn also eine Person infolge eines strafgerichtlichen Urteils nicht im Besitze der bürgerlichen Ehren und Rechte steht, oder wenn sie wegen schwerer Vergehen wiederholt bestraft worden ist, so ist die heimatliche Behörde befugt, die Ausstellung eines Heimatscheines zu verweigern »⁴⁾.

Diese Sätze stehen nicht in Übereinstimmung mit der konstanten Praxis des Bundesrates, wonach die Verweigerung der Ausstellung nur zum Zwecke der strafrechtlichen Verfolgung statthaft ist. Die Verweigerung der Ausstellung oder die Rückziehung von Legitimations-

1) Salis, Nr. 361.

2) Salis, Nr. 447, vgl. Salis II S. 487 (Art. 8).

3) Salis, Nr. 460, vgl. Nr. 442, 467.

4) Salis, Nr. 461.

papieren durch die Heimatbehörden ist jedenfalls unzulässig, wenn dem Träger der Schriften wegen wiederholter schwerer Vergehen in irgend einer Gemeinde die N. entzogen wurde. Auch bei der Annahme, die Wegweisung aus einer Gemeinde des Niederlassungskantons erstrecke sich auf das ganze Gebiet desselben, ergibt sich keineswegs, dass das betreffende Individuum zur Rückkehr in seine Heimatgemeinde oder auch nur in seinen Heimatkanton gezwungen werden dürfe. Die Rückziehung oder Verweigerung der Ausstellung der Schriften halten wir aber auch dann für unstatthaft, wenn Jemandem wegen Nichtbesitzes der bürgerlichen Rechte und Ehren die N. verweigert werden kann. Jedem Kanton und jeder Gemeinde steht es frei, die N. zu verweigern, so dass sich das betreffende Individuum schliesslich gezwungen sieht, seine Heimatgemeinde aufzusuchen, aber letztere darf ihn dazu nicht veranlassen. Rückziehung ist einzig erlaubt, wenn ein Niedergelassener durch Verarmung der Niederlassungsgemeinde zur Last fällt und die Regierung des Kantons denselben ausgewiesen hat; dann kann die Heimatgemeinde seine Rückkehr in die Heimat dadurch erzwingen, dass sie die Schriften zurückzieht, so dass der Betreffende keiner fremden Gemeinde, bzw. keinem fremden Kanton zur Last fällt¹⁾.

G. *Verzicht* auf die Ausübung des Rechts ist zwar nicht verboten, aber nicht bindend und zwar weder gegenüber *Behörden* noch gegenüber *Privaten*.

a) Gegenüber Behörden. Die Verfügung einer kantonalen Behörde, welche die Ausweisschriften einer Frauensperson nicht verabfolgen lassen wollte, weil diese Frauensperson der Gemeindebehörde durch schriftliche Erklärung das Verfügungsrecht über ihren Heimatschein eingeräumt hatte

¹⁾ S. freilich Salis, Nr. 413.

und die Behörde mit einem von der Person beabsichtigten Wohnortswechsel nicht einverstanden war, ist vom Bundesrat kassirt worden¹⁾.

b) Die Bundesbehörden haben zwar den Satz, Verzicht auf die Ausübung des Rechts gegenüber Privaten sei unzulässig, nirgends ausdrücklich aufgestellt, doch ist er die notwendige Folge des Bundesbeschlusses vom 18./19. März 1875²⁾. Damit ist noch nicht gesagt, dass eine Beschränkung der Ausübung durch Vertrag unbedingt unstatthaft sei; aber die Zulässigkeit des Verzichts auf die Freizügigkeit überhaupt, wie er z. B. durch Verpfändung der Ausweisschriften bewerkstelligt wurde, wird mit Recht verworfen.

III. Die Bedingungen der Ausübung des Rechts.

Das Interesse der *Individuen* verlangt die uneingeschränkte Freiheit, den für die Erreichung ihrer ökonomischen Zwecke günstigsten Ort sich zum Wohnsitz zu nehmen. Dem gegenüber stehen die Interessen der *Gemeinden*, welche in zwei Richtungen geschützt werden müssen, nämlich 1. vor der massenhaften Ansiedelung *Armer*, welche der Niederlassungsgemeinde zur Last fallen könnten, 2. vor der Ansammlung *verbrecherischer Elemente*³⁾. Diese Rücksichten auf die Gemeinden haben dazu geführt, die Ausübung des Rechts der Freizügigkeit dem Schweizerbürger nicht in unbeschränkter Weise zu gestatten, sondern dasselbe von gewissen Bedingungen, die jenen Gefahren vorzubeugen geeignet sind, abhängig zu machen⁴⁾.

1) Salis, Nr. 455, Entscheid. des Bundesgerichts Bd. XX S. 730.

2) S. oben S. 43.

3) v. Stengel, Wörterbuch des deutschen Verwaltungsrechts, 1891, I S. 450 ff.

4) Auf deren Geltendmachung die Kantone selbstverständlich ganz oder teilweise verzichten können.

Es ist zu unterscheiden zwischen den Bedingungen des *Erwerbes* und des *Entzuges* der N.

A. Die Bedingungen des Erwerbes der Niederlassung.

1. Der Schweizerbürger hat das Recht sich niederzulassen, wenn er einen *Heimatschein* oder eine andere *gleichbedeutende Ausweisschrift* besitzt.

Der *Heimatschein* ist eine Urkunde, durch welche die Gemeinde den darin Bezeichneten als ihren Angehörigen (Bürger) anerkennt und ihn jederzeit bei sich aufzunehmen verspricht¹⁾.

Das Prinzip der bürgerlichen Armenpflege bringt es mit sich, dass die N. nur gestattet werden kann gegen Deponirung eines Dokumentes, welches die Zugehörigkeit des Niederlassungspetenten zu einer Gemeinde als deren Bürger bezeugt. Der Heimatschein hat den Zweck, die Gemeinde vor *Armenlast* zu schützen, falls der Niedergelassene verarmt und unterstützungsbedürftig wird.

Welche Ausweisschrift dem Heimatschein gleichbedeutend sei, ist weder durch die Gesetzgebung noch durch die Praxis, welche sich im Anschluss an Art. 45 entwickelt hat, festgestellt worden. Bei der Auslegung des Art. 11 Ziff. 5 des Bundesgesetzes betreffend den Geschäftsbetrieb von Auswanderungsagenturen, wonach den Auswanderungsagenten die Beförderung von Personen, welche keine Aus-

¹⁾ Die eidgen. Stände (mit Ausnahme von Appenzell I.-Rh., Wallis und Neuenburg) haben den 28. Januar 1854 ein Konkordat über die Form der Heimatscheine vereinbart. Da die in diesem Konkordate festgestellten Formulare der Heimatscheine nicht in Übereinstimmung mit den Grundsätzen der Bundesverfassung von 1874 standen, so erliess der Bundesrat den 16. März 1885 einen Beschluss betreffend die Formulare der Heimatscheine. Durch diesen Bundesratsbeschluss wurde das Formular der Heimatscheine für Verheiratete in dem im Jahre 1854 hergestellten Wortlaute beibehalten, für unverheiratete Personen beiderlei Geschlechts dagegen ein neues Formular festgestellt. Salis, Nr. 237, Wolf II 315.

weisschriften über Herkunft und Bürgerrecht besitzen, verboten ist, hat jedoch der Bundesrat erklärt, der Nachweis über Herkunft und Bürgerrecht könne in richtiger Weise nur durch einen Heimatschein oder eine andere gleichbedeutende Ausweisschrift (wie Art. 45 der Bundesverfassung für die N. vorschreibe) geleistet werden. «Eine (dem Heimatschein) gleichbedeutende Ausweisschrift kann nur eine solche sein, die, wenn auch nicht in gleicher Form wie ein Heimatschein, doch in gleich bestimmter Weise die Herkunft und das Bürgerrecht des Inhabers und seiner Familie beurkundet und speziell zu diesem Zwecke ausgestellt ist. Das Militärdienstbüchlein kann nicht als eine dem Heimatscheine gleichbedeutende Ausweisschrift anerkannt werden, da dasselbe gar nicht zu dem Zwecke ausgestellt wird, um über Herkunft und Bürgerrecht seines Inhabers auszuweisen. Auch die Pässe, Wanderbücher und Auszüge aus dem Civilstandsregister können nicht als Ausweisschriften über Herkunft und Bürgerrecht anerkannt werden. Wenn auch in diesen Schriftstücken der Heimatort des Inhabers angegeben sein mag, so sind sie doch in keiner Weise geeignet, das Heimatrecht selbst zu beweisen, weil sie oft von anderen als den Heimatbehörden ausgestellt sind und nur den Zweck haben, das Reisen zu erleichtern »¹⁾.

2. Der Schweizerbürger hat das Recht, sich an jedem Orte niederzulassen, wenn ihm nicht infolge eines *strafgerichtlichen Urteils die bürgerlichen Rechte und Ehren abgesprochen* sind. Diese Bestimmung verfolgt den Zweck, die Gemeinden vor dem Zuzug *verbrecherischer Elemente* zu schützen.

¹⁾ Salis, Nr. 1532. Als genügend sollten angesehen werden gehörig legalisirte Kopien von Heimatscheinen im Falle mehrfacher N., vgl. Salis, Nr. 522; sogar blosse Empfangsbescheinigungen, wie sie von den Gemeindebehörden bei Deponirung des Heimatscheines ausgestellt werden, dürften als dem letzteren gleichbedeutende Ausweisschriften betrachtet werden.

Die Bundesverfassung von 1848 garantierte die N. nur denjenigen Niederlassungsbewerbern, welche die Bescheinigung, dass sie in bürgerlichen Rechten und Ehren stünden, besaßen. Die neue Bundesverfassung hat dieses Requisit fallen lassen. Sie verbietet den kantonalen Behörden, von vorneherein die Niederlassungsbewilligung von der Vorweisung der Bescheinigung des Besitzes der bürgerlichen Ehrenrechte abhängig zu machen, aber wenn deren Mangel nachgewiesen ist, so erklärt sie die Behörden für befugt, die N. zu verweigern. Im Falle des Nichtbesitzes der bürgerlichen Ehrenrechte ist der Schweizerbürger in der Ausübung des in Art 45 gewährleisteten Rechts beschränkt, genau wie er beschränkt ist im Falle des Nichtbesitzes eines Heimatscheines; weder im einen noch im andern Fall sind die Behörden verpflichtet, die N. zu gestatten.

Besitz des Heimatscheines und der bürgerlichen Rechte und Ehren sind somit die zum Erwerb der N. notwendigen Erfordernisse. Während aber die Bedingung der Beibringung des Heimatscheines den Sieg des Interesses der Gemeinden bedeutet, welche dadurch vor Armenlast gesichert werden, hat das Interesse der Gemeinden keine so intensive Berücksichtigung gefunden hinsichtlich des Schutzes vor dem Verbrechen. In dieser Beziehung hat man die Gemeinden genügend geschützt erachtet, wenn ihnen die Möglichkeit gegeben sei, denen, von welchen bekannt ist, dass sie nicht im Besitz der bürgerlichen Rechte und Ehren stünden, die N. zu verweigern. So lange der Nichtbesitz nicht erwiesen ist, gilt der Schweizerbürger als niederlassungsberechtigt; der Besitz der bürgerlichen Ehrenrechte wird präsumiert¹⁾. Daraus folgt ohne Zweifel, dass, wenn die N. ohne Kenntnis des Verweigerungsgrundes bewilligt ist, die Behörde berechtigt sein muss, die N. nachträglich, sobald jener zu ihrer Kenntnis gelangt ist, zu entziehen, ohne dass ein

¹⁾ Blumer-Morel, 1891, S. 385.

neuer Grund des Entzuges eingetreten wäre. Nach der vor 1874 geltenden Praxis war es freilich unzulässig, Jemandem, der nicht in bürgerlichen Rechten und Ehren stand, nachträglich die N. zu entziehen unter Berufung darauf, sie hätte überhaupt nicht bewilligt zu werden brauchen¹⁾. Damals waren eben die Behörden befugt, die N. nur gegen Vorweisung der Bescheinigung, dass der Niederlassungspetent in bürgerlichen Rechten und Ehren stehe, zu bewilligen. Wenn die Behörden die N. ohne Vorlage dieser Bescheinigung bewilligten, so lag hierin eben ein Verzicht auf die Geltendmachung dieses Erfordernisses. Seit 1874 kann nun der Nachweis des Besitzes der Ehrenrechte nicht mehr verlangt werden. Wenn also jetzt die N. bewilligt wird, weil die Behörden von der Existenz des Verweigerungsgrundes keine Kenntnis hatten, so liegt hierin kein Verzicht auf die Geltendmachung des Rechts, die N. zu verweigern; wohl aber muss dieser Verzicht angenommen werden, wenn die Behörden nicht sofort nach dem Bekanntwerden des Verweigerungsgrundes die Niederlassungsbewilligung zurückziehen, oder wenn sie die N. bewilligen, obwohl sie über den Mangel der bürgerlichen Rechte in der Person des Niederlassungsbewerbers unterrichtet sind. In diesen beiden Fällen hat das betr. Individuum definitiv die N. erworben, welche ihm nur entzogen werden kann, wenn er seit seiner N. diese von neuem verwirkt. In diesem Sinne²⁾ interpretieren wir die folgenden Sätze, welche der Bundesrat anlässlich eines Rekursentscheides aufgestellt hat: «Die Wirkung des gerichtlichen Entzuges der Ehrenrechte dauert über die Grenzen des Kantons hinaus, in welchem das Urteil gesprochen wurde, so lange fort, bis die im Urteil festgesetzte Zeit abgelaufen ist. So lange in einem solchen Fall ein Bürger im Zustand der mangelnden Ehren- und

¹⁾ S. Ullmer, Nr. 145, 158, 788, 798.

²⁾ Vgl. Entscheidungen des Bundesgerichts, Bd. XX, S. 757 Nr. 1140.

Rechtsfähigkeit sich befindet, wird er diesen Umstand als einen verfassungsmässigen Grund, sei es der Verweigerung, sei es des Entzuges der N. im ganzen Gebiete der Eidgenossenschaft gegen sich gelten lassen müssen »¹⁾. Damit ist auch festgestellt, dass einem Rehabilitirten die N. nicht verweigert werden darf²⁾.

Der Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte muss infolge strafgerichtlichen Urteils eingetreten sein. In einer Reihe von Kantonen verlieren die Konkursiten ihre bürgerlichen Rechte und Ehren. Um den Falliten die N. zu ermöglichen, wurde in die Bundesverfassung die ausdrückliche Bestimmung aufgenommen, die Verweigerung der N. sei nur dann statthaft, wenn der Entzug der bürgerlichen Rechte durch ein strafgerichtliches Urteil verhängt worden sei³⁾. Die Bundesversammlung hob daher die Wegweisung eines Luzerner Bürgers aus Nidwalden auf, der auf Grund durchgeführten

¹⁾ Salis, Nr. 407. Die im Falle Emmenegger verteidigten Auffassungen scheinen mir beide zu weit zu gehen. Nach der Praxis des Bundesrates und der Bundesversammlung kann der Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte infolge strafgerichtlichen Urteils auch dann gegen einen Schweizerbürger als verfassungsmässiger Grund des Entzuges der N. angerufen werden, wenn dem Bürger nach dem Erlass des Urteils die N. bewilligt worden war. Der Berichterstatter der Minderheit der Kommission des Nationalrates war dagegen der Ansicht, die Behörden könnten, nachdem sie einer Person trotz des Nichtbesitzes der bürgerlichen Ehren die N. nicht verweigert hätten, hieraus nicht wieder einen Rechtsgrund für einen nachmaligen Entzug der N. herleiten. Eine N.-Erteilung unter der Bedingung des Wohlverhaltens kenne die B.-V. nicht. Unseres Erachtens ist entscheidend, ob die Erteilung der N.-Bewilligung einem Verzicht auf die Geltendmachung des Erfordernisses des Besitzes der bürgerlichen Rechte und Ehren gleichkomme. Liegt ein Verzicht vor, so kann die Bewilligung nicht beliebig zurückgezogen werden (Ansicht des genannten Berichterstatters); im andern Falle kann die Bewilligung ungültig erklärt werden. Ob im vorliegenden Fall die luzern. Stadtbehörde vom Verweigerungsgrund Kenntnis hatte oder nicht, geht aus dem im B.-Blatt produzierten Material nicht mit Sicherheit hervor.

²⁾ Ullmer, Nr. 766, Blumer-Morel, S. 385.

³⁾ Eine Beschränkung der Freizügigkeit der Falliten würde auch nicht übereinstimmen mit den Zwecken, welche die Beschränkung verfolgt, s. oben S. 52.

Konkurses durch das Geschwornengericht von Nidwalden der bürgerlichen Rechte und Ehren verlustig erklärt worden war, indem sie davon ausging, dass die bloße Tatsache des durchgeführten Konkurses, welche einzig und ohne Beimischung strafbaren Verschuldens den Gegenstand der Beurteilung bilde, nicht als eine Handlung strafrechtlicher Natur (Verbrechen oder Vergehen) erscheine¹⁾. Die Revisionsverhandlungen stellen die Absicht, die Falliten nicht unter Art. 45 Absatz 2 zu stellen, als zweifellos dar²⁾.

Anders verhält es sich natürlich mit denjenigen Falliten, deren Verschulden (betrügerischer, leichtsinniger Bankerott) nachgewiesen und durch strafgerichtliches Urteil mit Entzug der bürgerlichen Ehrenrechte bestraft worden war. Der Bundesrat wies regelmässig die Rekurrenten ab, welche sich, nachdem sie infolge betrügerischen oder leichtsinnigen Bankerotts der bürgerlichen Rechte und Ehren entkleidet worden waren, wegen Verweigerung der N. beschwerten³⁾. Eine Ausnahme macht hier eine Entscheidung vom Jahre 1876. Ein st. gallisches Bezirksgericht verurteilte Jemand wegen «teilweise» leichtsinnigen Falliments zur Einstellung in der Stimm- und Wahlfähigkeit bis zur Rehabilitation, sowie zum Entzug der Zeugnisfähigkeit auf die Dauer von 3 Jahren; gestützt auf dieses Urteil verweigerte die Regierung von St. Gallen dem Betreffenden die N. in der Stadt St. Gallen. Der Bundesrat erklärte nun die Beschwerde gegen diesen Beschluss als begründet, in Erwägung: «Das Urteil des Bezirksgerichtes kündigt sich als ein «strafgerichtliches» an, indem es im Eingang die Worte «in Strafsachen» enthält und im Abschlusse erklärt, dass den Verklagten folgende Strafen treffen. Allein dem Wesen nach ist das Urteil doch nur ein Ausspruch über die Frage,

¹⁾ Salis, Nr. 412, 411, 409.

²⁾ Blumer-Morel, 1891, S. 385.

³⁾ Salis, Nr. 410, 492, 429.

ob der Konkurs des Frey ein völlig unverschuldeter gewesen sei oder nicht, und der Entzug der bürgerlichen Ehrenrechte wird darauf gegründet, dass der Rekurrent durch Ausführung einer seine Kräfte übersteigenden Hausbaute seine Zahlungsunfähigkeit mehr oder weniger selbst verschuldet habe und daher teilweise als leichtsinniger Fallit zu betrachten sei.»

« Ein derartiger Ausspruch kann aber offenbar nicht als ein « strafgerichtliches » Urteil im Sinne von Art. 45 der Bundesverfassung angesehen werden; der französische Text, wo von einem jugement pénal die Rede ist, beweist zur Genüge, dass es eines Urteils wegen eines wirklichen Verbrechens oder Vergehens bedarf, um an die durch den Richter ausgesprochene Entziehung der bürgerlichen Ehrenrechte die weitere Rechtsfolge zu knüpfen, dass den davon Betroffenen die freie N. innerhalb der Schweiz verweigert werden könnte » ¹⁾.

Diese Entscheidung halten wir nicht für gerechtfertigt. Vor allem ist nicht ersichtlich, welchen Verbrechen oder Vergehen der Charakter « wirklicher » Verbrechen oder Vergehen zukommt. Die Bundesverfassung spricht von strafgerichtlichen Urteilen und überlässt es den Kantonen, zu bestimmen, in welchen Fällen ein strafgerichtliches Urteil vorliegt²⁾. Wenn jedoch die bürgerlichen Rechte durch ein als strafgerichtliches bezeichnetes Urteil entzogen sind, dann hat der Bundesrat auf Grund dieses Tatbestandes zu

¹⁾ Salis, Nr. 408.

²⁾ Wenn jedoch nach kant. Gesetzen durch gerichtliches Urteil Entzug der bürgerlichen Rechte und Ehren verfügt wird, ohne dass ein Verschulden des Falliten vorliegt (Salis, Nr. 412, I), so gilt ein solches Urteil nicht als ein strafgerichtliches im Sinne des Art. 45 Abs. 2, auch wenn es sich als solches bezeichnet. Die B.-V. beabsichtigt, die Freizügigkeit der Falliten nicht zu erschweren. Wenn man sich darauf berufen wollte, die B.-V. mache keinen Unterschied zwischen den verschiedenen Arten von Strafurteilen, so würde damit den Kantonen die Umgehung jener Absicht gestattet; vgl. B.-Bl. 1894 II. 39.

erkennen. Das Bezirksgericht hat die Strafe des Entzuges der bürgerlichen Rechte deswegen verhängt, weil es die Handlung des betr. Individuums als eine verbrecherische auffasste. Darauf aber, dass der Leichtsinn nur ein *teilweiser* gewesen sei, kann man sich doch kaum stützen; des *Leichtsinn*s wegen ist der Betreffende verurteilt worden.

3. Von *weiteren* Erfordernissen darf die N. *nicht* abhängig gemacht werden. Einige kantonale Gesetze forderten von den Niederlassungsbewerbern ausser dem Heimatschein Ausweise über die Civilstandsverhältnisse und über Erfüllung der Militärpflicht und versagten, falls diese nicht beigebracht wurden, die N. oder wiesen die bereits Niedergelassenen aus. Vom Bundesrate sind solche Bestimmungen regelmässig annullirt worden, da es nicht gestattet sei, die Ausübung des durch Art. 45 garantirten Rechtes an lästigere Bedingungen zu knüpfen, als der Art. 45 zulasse. Die Kantone könnten unter sich immerhin die Ausweise über den Civilstand und den Militärdienst verlangen, aber es dürfe dieses nicht in der Form einer Bedingung für die Bewilligung der N. geschehen¹⁾.

Die Bundesverfassung enthält allerdings eine wichtige Konzession zu Gunsten der Kantone, welche im Gebiet der Armenpflege dem Prinzip der *Unterstützung* durch die *Wohn-gemeinde* folgen. Nach Absatz 4 des Art. 45 darf in Kantonen, wo die örtliche Armenpflege besteht, die Gestattung der N. für Kantonsangehörige an die Bedingung geknüpft

¹⁾ Salis, Nr. 394; vgl. Nr. 361, 391 e, 393.

Das «Dienstbüchlein» enthält folgende Vorschrift: Jeder Dienst- oder Ersatzpflichtige hat sich beim Wegzug aus einer Gemeinde beim Sektionschef des bisherigen Wohnsitzes zu stellen und sich die Abmeldung ins Dienstbüchlein eintragen zu lassen.

Ohne Vorweisung dieses Eintrages dürfen von den Gemeinde- und Staatsbehörden keinerlei Ausweisschriften ausgehändigt werden.

Diese Vorschrift verstösst in schärfster Weise gegen Art. 45 der B.-V. Da sie von den Civilbehörden gehandhabt wird, so bedeutet sie praktisch eine äusserst weitreichende Beschränkung der Freizügigkeit.

werden, dass dieselben arbeitsfähig und an ihrem bisherigen Wohnorte im Heimatkanton nicht bereits in dauernder Weise der öffentlichen Wohltätigkeit zur Last gefallen sind. Es besteht also zweierlei Recht, soweit der Schutz der Gemeinden vor zu grosser Armenlast in Betracht kommt. Wo das Prinzip der Unterstützung durch die Wohngemeinde in Kraft ist, wird die Befugnis der Gemeinden, von Neuanziehenden den Nachweis der Arbeitsfähigkeit als Bedingung der Aufnahme in die Gemeinde zu fordern, zur Notwendigkeit; « andernfalls würden sich die Bedürftigen massenhaft auf die wohlhabenderen Ortschaften losstürzen und heuschreckenartig dieselben abweiden. » In denjenigen Kantonen jedoch, welche in Armensachen das bürgerliche Prinzip beibehalten haben¹⁾, verteilt sich die Unterstützungspflicht über das ganze Land, indem jeder Gemeinde nur diejenigen Armen zufallen können, welche ihr eigentümlich angehören²⁾. Diesen Kantonen und Gemeinden ist untersagt, die N. zu verweigern, weil der Niederlassungspetent voraussichtlich bald zur Last fallen wird³⁾.

B. Die Bedingungen des Entzuges der Niederlassung.

Der *Entzug* der N. ist in erster Linie in denjenigen Fällen zulässig, in welchen die N. *verweigert* werden kann.

1. Die N. kann dem Schweizerbürger entzogen werden, falls seine *Ausweispapiere* ungültig und durch gültige nicht ersetzt werden. Wenn nach Bundesrecht die Gemeinden nicht verpflichtet sind, Individuen, die sich nicht im Besitze des Heimatscheines oder einer andern gleichbedeutenden Ausweisschrift befinden, die N. zu erteilen, so sind sie auch

¹⁾ Das System der Unterstützung durch die Wohngemeinde hat einzig der Kt. Bern acceptirt.

²⁾ Dubs, II. S. 115; Blumer-Morel, 1891, S. 390.

³⁾ Salis, Nr. 413, 391 c.

nicht gehalten, denselben die Fortdauer der N. zu gewähren, falls der Heimatschein seine Kraft verliert und nicht durch eine gültige Ausweisschrift ersetzt wird¹⁾.

Die Praxis hat ebenfalls anerkannt, dass der Befugnis, die N. wegen Nichtbesitzes von Ausweisschriften zu verweigern, notwendig die Befugnis entsprechen muss, die N. wegen des Auslaufens derselben zu entziehen. Nach einer bundesrätlichen Entscheidung vom Jahre 1890 waren die Genfer Behörden befugt, einem Schwyzer, der anlässlich seiner Verehelichung den von ihm deponirten Heimatschein für Unverheiratete zurückgezogen hatte, nachher aber zur Hinterlegung neuer Ausweispapiere nicht veranlasst werden konnte, die N. zu entziehen²⁾. Der Praxis des Bundesrates hat sich das Bundesgericht angeschlossen. Einer in Genf wohnenden Bernerin, welche, weil sie von ihrer ebenfalls in Genf wohnhaften Familie getrennt lebte, von der Behörde die Aufforderung erhalten hatte, einen auf ihre Person ausgestellten Heimatschein beizubringen, wurde, da sie dieser Verfügung nicht nachkam, die N. entzogen. Den gegen diesen Ausweisungsbeschluss erhobenen Rekurs wies das Bundesgericht durch Erkenntnis vom 22. November 1893 ab^{3) 4)}.

2. Die N. kann denjenigen entzogen werden, welche in Folge eines *strafgerichtlichen Urteils* nicht im Besitze der *bürgerlichen Rechte und Ehren* sind. Die Bedingungen des *Entzuges* sind dieselben wie die der Niederlassungs-

¹⁾ Der Heimatschein für Unverehelichte erlischt, wenn sich dessen Träger verheiratet, s. oben S. 53 Anm. 1.

²⁾ Die Entscheidung spricht von der Verweigerung der N., es liegt aber doch wohl eher deren Entzug vor, Salis; Nr. 398.

³⁾ Entscheid. des B.-Gerichts XIX S. 673.

⁴⁾ Der am 26. Okt. 1877 verworfene Entwurf zu einem B.-Gesetz betr. die polit. Rechte der Niedergelassenen und Aufenthalter etc. bestimmte, die N.-Bewilligungen sollten erlöschen, wenn die Ausweisschrift, auf deren Grundlage die Bewilligung erteilt wurde, auslaufe, ohne rechtzeitig erneuert oder durch eine andere ersetzt zu werden, Salis II, S. 486.

*verweigerung*¹⁾. Wenn also der Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte an die Tatsache des durchgeführten Konkurses geknüpft ist, so darf Wegweisung des Betroffenen nicht stattfinden, da kein strafgerichtliches Urteil vorliegt²⁾.

3. Die Bundesverfassung gestattet ferner den Entzug der N. gegenüber denjenigen, welche wegen *schwerer Vergehen wiederholt gerichtlich bestraft* worden sind³⁾.

Nach der bundesrechtlichen Praxis behalten sich die Rekursbehörden bei der Prüfung der Frage, ob ein schweres Vergehen im Sinne des Art. 45, Absatz 3, vorliege, auch gegenüber der durch die gerichtliche Strafsentenz ausgesprochenen Anschauung die selbständige Würdigung des einzelnen Falles vor, wobei die für die *öffentliche Sicherheit und Sittlichkeit* zu Tage tretende Gefahr jeweilen ganz besonders in Berücksichtigung fällt⁴⁾. Das schwere Vergehen wird als Gegensatz zum leichten Vergehen und zur Polizeiübertretung aufgefasst. Als schwere Vergehen betrachtet man regelmässig Kuppelei, gewerbsmässige Unzucht, Konkubinat, Diebstahl, Raufhandel u. s. w.⁵⁾. — Der Niedergelassene muss wegen schwerer Vergehen wiederholt bestraft sein. Daran haben die Bundesbehörden festgehalten, sofern es sich jeweilen um den erstmaligen Entzug der N. handelte. «Es geht deshalb nicht an, Polizeiübertretungen, mögen dieselben auch sehr zahlreich sein, mit einer einmaligen Bestrafung wegen eines schweren Vergehens zu kombinieren, um auf diese Weise wiederholte Bestrafungen

¹⁾ Salis, Nr. 433, 434.

²⁾ Salis, Nr. 352, 429.

³⁾ Diese Koncession zu Gunsten der Gemeinden hatte das Revisionsprojekt von 1872 nicht enthalten.

⁴⁾ Salis, Nr. 428, 427. Die in den kant. Strafgesetzbüchern enthaltenen Unterscheidungen sind nicht maassgebend, B.-Bl. 1894 II 40.

⁵⁾ Salis, Nr. 432, B.-Bl. 1892 II 556, 1893 II 65, Entscheidungen des B.-Gerichts Bd. XX. S. 731.

eines Niedergelassenen zu konstatiren ¹⁾ ». Rekurse, durch welche Aufhebung der Wegweisungsbeschlüsse, die wegen einmaliger gerichtlicher Bestrafung oder wegen Ahndung einfacher Polizeiübertretungen erlassen waren, begehrt wurde, hiess der Bundesrat durchweg gut ²⁾. — Dagegen ist die Bestimmung, welche *wiederholte* gerichtliche Bestrafung fordert, in einengendem Sinne interpretirt worden. Es genügen nämlich zwei Bestrafungen. Die Bundesbehörden sind der Ansicht, dass Art. 45 der Bundesverfassung den Nachdruck auf die Rückfälligkeit des Verurteilten lege, welche diesen als eine der öffentlichen Ordnung und Sicherheit gefährliche Person erscheinen lasse. Nach dem hier maassgebenden Sinne des Wortes sei Rückfall die Begehung einer strafbaren Handlung nach erfolgter Verurteilung wegen eines frühern Verbrechens oder Vergehens. Folglich könnten zwei Strafurteile, von denen das zeitlich spätere eine Handlung beschlage, die der Niedergelassene vor dem Zeitpunkte der ersten Verurteilung begangen habe, nicht als wiederholte Bestrafungen im Sinne des Art. 45 Absatz 3 aufgefasst werden ³⁾. — *Gerichtliche* Bestrafung hat der Bundesrat im Anschluss an das luzernische Gesetz über das Strafverfahren auch dann angenommen, wenn der Beklagte sich dem Strafantrage des Statthalteramtes unterzieht und dadurch darauf verzichtet, vor Polizeigericht gestellt zu werden. Somit finde allerdings ein Richterspruch im engeren Sinne des Wortes nicht statt. Allein diese Art der Erledigung eines Strafprozesses müsse gleichwohl zu den gerichtlichen Erledigungen gerechnet werden, weil sie die gesetzmässige Feststellung des aus einer strafbaren Handlung sich ergebenden staatlichen Strafanspruches bilde.

¹⁾ Salis, Nr. 421, 423. In der oben cit. Entscheidung des B.-Gerichts scheint sich eine diesem Satze widersprechende Tendenz zu zeigen.

²⁾ Salis, Nr. 420, 431, 422.

³⁾ Salis Nr. 424.

Darum sage auch der einschlägige Paragraph des luzerischen Gesetzes ausdrücklich: Die Abwandlung wird einem richterlichen Urteile gleichgehalten ¹⁾).

Eine wichtige Interpretation ist dem Art. 45, Absatz 3 im Jahre 1883 widerfahren. Nach der bundesrätlichen Auffassung nämlich soll zum Entzug einer Niederlassungsbewilligung ein Zurückgreifen auf frühere gerichtliche Bestrafungen gestattet sein. «Die Vorschrift des Art. 45 Absatz 3 der Bundesverfassung betr. den Entzug der N. ist auch dann als erfüllt zu betrachten, wenn der Niedergelassene zwar an seinem Wohnsitze nur eines schweren Vergehens sich schuldig gemacht hat, aber infolge früherer krimineller Bestrafung bereits im Rückfalle sich befindet» ²⁾). Die Ausweisung aus einer Gemeinde ist also begründet, wenn *ein* gerichtliches Urteil wegen schweren Vergehens während der N. in dieser Gemeinde erlassen worden ist, sofern *andern* Ortes schon einmal kriminelle Bestrafung erfolgt war. Mit dieser den Gemeinden günstigen Auslegung gab sich die Praxis aber keineswegs zufrieden. Bundesrat sowohl wie Bundesversammlung hielten dafür ³⁾, es liege im Sinne und in der Konsequenz der soeben mitgeteilten Entscheidung, dass gegen einen Niedergelassenen frühere Strafurteile nur dann nicht geltend gemacht werden könnten, wenn derselbe an seinem Wohnorte sich nicht des Niederlassungsrechtes durch seine Handlungen unwürdig mache. Daher seien die Kantone, bzw. die Gemeindebehörden, wenn der polizeiamtliche Nachweis eines unsittlichen Lebenswandels vorliege, berechtigt, auf Strafurteile, die der N. vorausgegangen, zurückzugreifen und dieselben in Verbindung mit der sittenwidrigen Aufführung zur Grundlage eines Ausweisungsbeschlusses zu nehmen ⁴⁾).

¹⁾ B.-Bl. 1892 II 556.

²⁾ Salis, Nr. 425.

³⁾ und zwar mit Recht.

⁴⁾ Salis, Nr. 426.

Die zu beantwortende Frage ist die: Bedarf es zum Entzug der N. in einer Gemeinde zweimaliger krimineller Bestrafung während der Zeit der N. in jener Gemeinde, oder genügen zum Entzug der N. in jeder Gemeinde zwei strafgerichtliche Urteile, gleichviel wann und wo sie gefällt worden sind? Die Praxis der Bundesbehörden hat die letztere Eventualität bejaht. Zu diesem Resultate ist sie aber, wie wir gesehen haben, nicht direkt, sondern bloss durch schrittweises Vorgehen gelangt. Die N. zu verweigern, geht nach dem klaren Wortlaut der Bundesverfassung nicht an; aber es hat auch keinen Sinn, die Gemeinden zur Bewilligung der N. anzuhalten, wenn diese hinterher doch wieder unter Berufung auf jene zwei Urteile entzogen werden kann; damit hätte man diese Niedergelassenen vollständig der Willkür kantonaler Behörden überliefert. Deshalb suchte der Bundesrat, nachdem er seine feste Position aufgegeben hatte, nach einem neuen Schutzmittel für diese merkwürdige Klasse von Niedergelassenen, deren Recht, sich an jedem Orte behufs Wohnsitznahme, d. h. zu dauerndem Aufenthalt niederzulassen, auf so schwachen Füßen stand. Dieses Schutzmittel gegen Entzug der N. besteht nun darin, dass letzterer nur verhängt werden darf, wenn ein polizeiamtlicher Ausweis den sittenlosen Lebenswandel konstatirt.

Der Standpunkt, welchen der Bundesrat eingenommen hat, und welcher also dahingeht, zum Entzuge der N. genüge zweimalige Bestrafung an irgend einem Orte, ist demnach nicht vollständig durchgeführt; es zeigt sich aber gerade in der Notwendigkeit, ein neues Erfordernis des Entzuges der N. zu kreiren, der sicherste Beweis dafür, dass die Praxis falsche Wege eingeschlagen hat. Konsequenter durchgeführt ergibt sie die faktische Gleichstellung der mehrfach gerichtlich Bestraften mit denjenigen, welchen die bürgerlichen Ehrenrechte abgesprochen worden sind. Dieses Resultat widerspricht nun ohne Zweifel der Absicht

der Bundesverfassung. Die Bundesbehörden fühlten dies sehr wohl und um diese Blösse zu decken, griffen sie zu dem oben erwähnten Notbehelf der Ausweisung wegen unsittlichen Lebenswandels. Es ist aber längst festgestellt, dass die N., einmal erworben, nicht anders aufhöre, als durch den freien Willen des Inhabers oder in den durch Art. 45 vorgesehenen besonderen Fällen¹⁾. Weshalb wird nun die N. entzogen? Etwa wegen mehrfacher gerichtlicher Bestrafung? Nein; denn es wäre widersinnig, die N. zu bewilligen, um sie dann aus demselben Grunde zu entziehen. Die Wegweisung findet somit statt, weil der Niedergelassene einem unsittlichen Lebenswandel huldigt. Dieser begründete freilich die Wegweisung zur Zeit der Geltung der Bundesverfassung von 1848, als Grund der Wegweisung ist er jedoch von der Bundesversammlung beseitigt worden, und zwar mit Recht; denn die Ansichten der Bundesbehörden und der kantonalen Regierungen gingen in der Beurteilung dessen, was ein unsittlicher Lebenswandel sei, erheblich auseinander²⁾; die Verfassungsbestimmung erwies sich somit als unpraktisch. Wir kommen also zum Ergebnis, dass die N. nach Art. 45 Absatz 3 wegen wiederholter gerichtlicher Bestrafung wegen schwerer Vergehen nur demjenigen Schweizerbürger entzogen werden kann, der am Niederlassungsorte mindestens zweimal kriminell verurteilt worden ist; wenn er sich anderswo niederlässt, so bedarf es zu seiner Ausweisung von dort wiederum zweier gerichtlicher Urteile, sodass also auf Strafurteile, die der N. vorausgegangen sind, nicht zurückgegriffen werden darf.

Die hier verteidigte Ansicht vertrat seiner Zeit die Mehrheit der ständerätlichen Kommission, indem sie folgendes ausführte: «Die N. soll nur dann wieder entzogen werden können, wenn sich der Niedergelassene am Wohn-

¹⁾ Vgl. S. 38 oben.

²⁾ Vgl. Ullmer, Nr. 142, 146, 797, 798.

ort selbst eines gesetz- und ordnungswidrigen Verhaltens schuldig gemacht hat, dass er hiewegen wiederholt gerichtlich bestraft werden musste, dass aber jedenfalls der Boden der bisherigen Praxis nicht sollte verlassen werden, der mindestens *ein* Urteil am Niederlassungsort verlangt und damit immerhin eine feste Schranke für die Ausweisung festhielt¹⁾. Denn, kann die Gemeinde einfach auf ausschliesslich frühere Urteile zurückgreifen, so liegt die Gefahr nahe, dass auf einem Umwege, entgegen der Verfassung, auch die Verweigerung der N. wegen strafgerichtlicher Urteile, obgleich durch keines derselben der Entzug der bürgerlichen Rechte und Ehren ausgesprochen worden war, Platz greifen wird²⁾.»

Auch die Frage, auf wie lange Zeit die Wirkung des Ausweisungsbeschlusses sich erstrecke, scheint uns von der Praxis nicht befriedigend gelöst zu sein. Demjenigen, der in die bürgerlichen Rechte und Ehren, welche er infolge eines strafgerichtlichen Urteils verloren hatte, wieder eingesetzt ist, kann die erneute N. in einer Gemeinde, welche sie ihm eben wegen jenes Verlustes entzogen hatte, offenbar nicht verweigert werden; denn die Ausweisung erfolgte, weil sich der Betreffende nicht im Besitze der bürgerlichen Ehrenrechte befand, also wegen eines Grundes, der nach der Rehabilitation nicht wieder zu Ungunsten des Betreffenden angerufen werden darf. Die Praxis hat anerkannt, dass einem Rehabilitirten die N. nicht verweigert werden kann³⁾, und nichts spricht dafür, dass diejenige Gemeinde, welche ihn ausgewiesen hat, eine bevorzugte Stellung einnimmt, so dass sie allein die N. verweigern dürfte. Bei

¹⁾ Diese Konzession an die vom B.-R. vertretene Ansicht erklärt sich vermutlich aus der Rücksichtnahme auf die praktischen Folgen, welche die konsequente Anwendung der Verfassungsvorschriften nach sich ziehen würde.

²⁾ Salis, Nr. 426.

³⁾ S. oben S. 57.

dieser Sachlage erscheint die Praxis des Bundesrates, welcher sich das Bundesgericht angeschlossen hat¹⁾, unbillig, wonach der Ausweisungsbeschluss, welcher den wegen schwerer Vergehen wiederholt gerichtlich Bestraften trifft, auf unbegrenzte Zeit in Kraft bleiben soll, so dass also eine neuerdings nachgesuchte Niederlassungsbewilligung zu jeder Zeit verweigert werden kann. Freilich bemerkt der Bundesrat sehr richtig, dass ein Individuum, welchem in den Fällen, wie sie Absatz 3 des Art. 45 vorsehe, die N. in einem Kantone entzogen worden sei, den zweiten Absatz desselben nicht anrufen könne zum Zweck des Wiedereintritts in den Kanton, aus welchem die Verweisung²⁾ erfolgt sei, unter dem Vorwande, dass es sich um eine neue N. handle, welche nur auf Grund des Verlustes der bürgerlichen Rechte verweigert werden könne, und dass eine solche Auslegung die Bedeutung der Bestimmung des dritten Absatzes ganz entkräften und dessen Anwendung illusorisch machen würde; aber es ist nicht gerechtfertigt, demjenigen, dessen Ausweisung vom Jahre 1866 datirt, im Jahre 1882 die N. unter Berufung auf jenen Beschluss zu verweigern.

Eine korrektere Bestimmung scheint uns z. B. das baselstädtische Gesetz vom 24. Januar 1881 zu enthalten, wonach die Wirkung des Entzuges der N. nach dem Ermessen der verfügenden Behörden 2—10 Jahre dauern soll³⁾. Wo dem kantonalen Gesetz eine ähnliche Bestimmung fehlt, ist die Bundesbehörde ohne Zweifel befugt, die Wirkung des Ausweisungsbeschlusses im Interesse des Schweizerbürgers zeitlich zu begrenzen.

4. Der Niederlassungsentzug ist endlich gestattet gegenüber Niedergelassenen, welche *dauernd der öffentlichen Wohltätigkeit zur Last fallen* und deren Heimatgemeinde,

¹⁾ Salis, Nr. 415, Entscheid des B.-Gerichts XX, S. 16.

²⁾ Soll heissen Ausweisung, s. oben S. 27.

³⁾ Salis, Nr. 392.

bezw. Heimatkanton eine angemessene Unterstützung trotz amtlicher Aufforderung nicht gewährt¹⁾. Eine beschränkte Unterstützungsberechtigung genießt demnach der Niedergelassene auch an seinem Wohnorte. Die Wegweisung soll nicht geschehen, wenn private Wohltätigkeit den Niedergelassenen unterstützt oder wenn vorübergehende Hilfsbedürftigkeit vorliegt, z. B. infolge eines Notstandes. Erst die dauernde Inanspruchnahme der öffentlichen Wohltätigkeit berechtigt die Behörden zum Entzug der N. Für die einem Kantonsfremden gewährte Unterstützung kann von dessen Heimatgemeinde oder Heimatkanton Rückerstattung der Auslagen nicht verlangt werden. Der Bundesrat hat sich über die Unterstützungspflicht der Niederlassungsgemeinde sowie des Niederlassungskantons folgendermassen ausgesprochen: « Der Sinn der citirten Vorschrift des Art. 45 Absatz 3 kann offenbar kein anderer sein, als dass die Niedergelassenen, welche unterstützungsbedürftig werden, momentan von der Gemeinde oder vom Kanton des Wohnortes unterstützt werden müssen, und dass erst, wenn das Bedürfnis zur öffentlichen Unterstützung dauernd wird, die Heimatgemeinde oder der Heimatkanton aufgefordert werden kann, diese Unterstützung zu gewähren, d. h. für die Zukunft festzusetzen, sowie dass, wenn dieser Aufforderung nicht entsprochen wird, die Heimweisung erfolgen kann, eine Androhung, die völlig überflüssig wird, wenn dem Heimatkanton unter allen Umständen die Pflicht obläge, die vom Aufenthaltskanton gewährte Unterstützung zu vergüten »²⁾.

Nach Art. 45 Absatz 5 muss jede Ausweisung wegen Verarmung von Seite der Regierung des Niederlassungskantons genehmigt und der heimatlichen Regierung zum voraus angezeigt werden. Eine Bestimmung im Gesetze

¹⁾ Salis, Nr. 438—440; Blumer-Morel, 1891, S. 388.

²⁾ Salis, Nr. 441.

über das Gemeindewesen des Kantons Zug, wonach die Beschlüsse der Gemeinderäte wegen Verweigerung und Entzug der N. nur durch Rekurs an die Regierung hätte gelangen können, musste durch der Bundesverfassung entsprechende Vorschriften ersetzt werden ¹⁾).

IV. Kanzleigebühren.

Das *Maximum* der für die Niederlassungsbewilligung zu entrichtenden *Kanzleigebühr* setzt das Bundesgesetz vom 10. Dezember 1849 fest. Nach dessen Art. 2 und 3 haben Staat und Gemeinden das Recht, für die Niederlassungsbewilligung eine Kanzleigebühr von höchstens sechs Franken zu fordern, in welchem Betrage jedoch *alle* Gebühren enthalten sein müssen, welche für die Bewilligung an den Staat, an Bezirksbeamte oder an die Gemeinden zu entrichten sind. Sofern der Niedergelassene seinen Wohnsitz in eine andere Gemeinde desselben Kantons verlegt, so kann die *Hälfte* der Gebühr von neuem verlangt werden. Da die einmal erteilte Niederlassungsbewilligung nicht mehr auf beschränkte Dauer erteilt wird, so ist klar, dass die periodische Erhebung einer Gebühr zugleich mit der periodischen Erneuerung der Niederlassungsbewilligung dahinfällt ²⁾).

Ausser dieser Kanzleigebühr darf der niedergelassene Schweizerbürger von Seite des die N. gestattenden Kantons mit *keiner Bürgschaft* für die Erfüllung seiner Pflichten als Niedergelassener und überhaupt mit *keinen andern besondern Lasten behufs der N.* belegt werden. An diese Bestimmung, welche unverändert aus der frühern Bundesverfassung herübergenommen worden ist, schliesst

¹⁾ Salis, Nr. 391 b.

²⁾ Salis, Nr. 402—404; Nr. 390, 5.

sich die neue Vorschrift an, die Gemeinde dürfe den Niedergelassenen nicht anders besteuern als den Ortsbürger. Morel bemerkt von dieser Bestimmung, sie sei von sehr grosser Tragweite für unsere schweizerischen Verhältnisse, weil man in manchen Kantonen nur die Bürgergemeinde kannte, welche alle öffentlichen Bedürfnisse aus ihrem Vermögen bestritt, dann aber auch sich für berechtigt hielt, von den Niedergelassenen ein Aequivalent hiefür in der Form einer besondern Abgabe zu fordern, welche Sitzgeld, Schirmgeld, Ansässergebühr u. s. w. benannt wurde. Es dürfe nun eine solche Abgabe nicht mehr bezogen werden; hieraus, sowie aus dem den Niedergelassenen eingeräumten Stimmrechte in Gemeindeangelegenheiten folge die fernere Unhaltbarkeit desjenigen Systems, nach welchem Rechte und Pflichten einzig auf der Bürgergemeinde beruhten. Entweder müsse nun das Vermögen der Bürgergemeinde von demjenigen der Einwohnergemeinde ausgeschieden werden, oder man müsse der aus Bürgern und Einwohnern bestehenden Ortsgemeinde die Befugnis einräumen, über das Bürgergut für öffentliche Zwecke frei zu verfügen¹⁾.



V. Der Aufenthalt.

Während die Bundesverfassung von 1848 sich ausschliesslich mit dem Niederlassungswesen beschäftigte und das Aufenthaltsverhältnis vollständig ignorirte, stellte die Bundesverfassung von 1874 Vorschriften über das Niederlassungswesen auf und erteilte im fernern dem Bunde die Kompetenz, das Verhältnis zwischen N. und *Aufenthalt* gesetzlich zu regeln. Das betr. Bundesgesetz ist z. Z. noch nicht zu Stande gekommen. Über Anstände, welche aus

¹⁾ Blumer-Morel, 1891, S. 390 u. 391.

dem Aufenthaltsverhältnis entstehen, zu entscheiden, ist demnach der Bund nicht kompetent, und der Bundesrat hat prinzipiell abgelehnt, auf Beschwerden betr. das Aufenthaltsverhältnis einzutreten¹⁾. Immerhin wird das Recht zum Aufenthalt in einem andern Kanton als selbstverständlich vorausgesetzt, da derjenige, welcher die N. wünsche, in der Regel auch persönlich kommen müsse, und eine Zeit lang wenigstens als Aufenthalter leben werde, bevor die N. geordnet sei²⁾.

Wenn nun auch im allgemeinen die Inkompetenz der Bundesbehörden feststeht, so haben diese wenigstens in einem Punkt die Befugnis, über das Aufenthaltsverhältnis materiell zu entscheiden, nämlich wenn es sich um den *Wegzug* eines Aufenthalters aus einer Aufenthaltsgemeinde handelt. Dem Aufenthalter dürfen seine Ausweisschriften auf keinen Fall vorenthalten werden, weil ihm dadurch verunmöglicht wird, in einer andern Gemeinde N. oder Aufenthalt zu nehmen. Deshalb hat sich die Bundesversammlung mit Recht zuständig erachtet, auf den Rekurs eines Aufenthalters wegen Rückhaltung seiner Ausweispapiere einzutreten³⁾.

Die Bedingungen der Bewilligung und des Entzuges des Aufenthaltes setzen die *kantonalen* Gesetze fest⁴⁾. In Überschreitung seiner Kompetenz hat der Bundesrat in diese Verhältnisse mehrfach materiell eingegriffen. So müssen nach einer Entscheidung die gleichen Gründe, die einen Kanton berechtigen, «Fremden» die N. zu verweigern und zu entziehen, auch zur Verweigerung und zum Entzug des Aufenthaltes genügen, weil der Aufenthalter, der weit weniger Pflichten gegen den Kanton habe als der Nieder-

¹⁾ Salis, Nr. 365.

²⁾ Salis, Nr. 370, 176; s. oben S. 23.

³⁾ Salis, Nr. 450, vgl. Nr. 457.

⁴⁾ Salis, Nr. 391 d, f, Nr. 389.

gelassene, nicht grössere Rechte, als dieser besitze, verlangen könne¹⁾. In einer weiteren Entscheidung wurde bestimmt, dass, wenn Jemandem die Aufenthaltsbewilligung erteilt worden sei, trotzdem sie hätte versagt werden können, der Aufenthaltler deswegen nachträglich nicht weggewiesen werden dürfe, wenn nicht neue Gründe, die eine Wegweisung rechtfertigten, hinzuträten oder nachgewiesen werde, dass die Behörde über das Vorhandensein der verfassungsmässigen Bedingungen getäuscht worden sei²⁾.

Mit zweifelhaftem Erfolg versuchte der Bundesrat in neuerer Zeit, die *Gebühren für die Aufenthaltsbewilligung* auf das Maximum der Niederlassungsgebühr herabzusetzen. Der Aufenthaltler soll für den Aufenthalt von 4 Jahren keine höhere Gebühr zahlen als der Niedergelassene für die vor 1874 auf 4 Jahre beschränkte Niederlassungsbewilligung. Sein Vorgehen begründete der Bundesrat damit, dass die Aufenthaltler ohnehin viel ungünstiger gestellt seien als die Niedergelassenen, indem letztere das Stimmrecht in kantonalen und Gemeindeangelegenheiten, den verfassungsmässigen Schutz der N. und selbst eine beschränkte Unterstützungsberechtigung genossen³⁾. Gegenüber den Gründen, welche der Bundesrat dafür anführte, dass die Aufenthaltler jedenfalls keine grössern Rechte beanspruchen dürften als die Niedergelassenen, scheint uns jene Motivierung nicht genügend; überdies fehlt den Bestrebungen des Bundesrates die sichere Grundlage; denn durch die Bundesgesetzgebung wird ein Maximum der zulässigen Aufenthaltsgebühr nicht festgesetzt; in diesem Falle fehlt jedoch der Praxis der Massstab bei der Bemessung der Gebühren.

¹⁾ Ullmer, Nr. 156, 154.

²⁾ Ullmer, Nr. 158.

³⁾ Salis, Nr. 371—373, 390, 4.

2. Die Handels- und Gewerbefreiheit.

Die Bundesverfassung von 1874 gewährleistet die Freiheit des Handels und der Gewerbe im ganzen Umfange der Eidgenossenschaft. Auf dem Gebiete der Erwerbstätigkeit ist somit im Prinzip die Einheit hergestellt. Zu diesem Ergebnis, der wirtschaftlichen Einheit, ist man jedoch erst im Laufe der bundesstaatlichen Entwicklung gelangt. Die Einigung der Nation im Bundesstaate hatte in ihrem ersten Stadium zur Beseitigung der Verkehrsschranken im Inneren des Gesamtstaates geführt. Infolge der modernen Verkehrsmittel wiesen dann die Bedingungen des Erwerbes keine erheblichen Unterschiede mehr auf, der Partikularismus des wirtschaftlichen Lebens verlor seine Berechtigung. Die Einheitsbestrebungen auf diesem Gebiete unterstützte die zentralisierende Tendenz des Bundesstaates.

Die Form, in welcher die wirtschaftliche Einheit ihre Verwirklichung gefunden hat, ist jedoch keine zufriedenstellende. Die Bundesverfassung von 1874 gesteht dem Bunde nicht das Recht zu, je nach den wirtschaftlichen Verhältnissen ein das nationale Erwerbsleben dominirendes Prinzip zu bezeichnen und es der Bundesgesetzgebung zu überlassen, ob dasselbe bezüglich der einzelnen Gewerbe Anwendung finden solle oder nicht, sie garantiert vielmehr ein bestimmtes auf der Freiheit des Erwerbes beruhendes System. Daraus folgt, dass die Beseitigung des von der Bundesverfassung dem Erwerbsleben zu Grunde gelegten

Prinzipes identisch ist mit der Beseitigung der Einheit überhaupt, mit andern Worten die formelle und die materielle Seite der Verfassungsbestimmung sind nicht verschieden. In beiden Beziehungen ist zwar die Einheit hergestellt, aber in formeller nur insoweit, als die materielle Einheit besteht; mit der materiellen verschwindet auch die formelle Einheit, die Einheit besteht also nur soweit, als das Prinzip der Gewerbefreiheit sich erstreckt. In materieller Beziehung ist übrigens nicht einmal ein vollständiger Sieg errungen worden, denn die Entfaltung des acceptirten Erwerbsprinzipes überlässt die Bundesverfassung grundsätzlich der kantonalen Gesetzgebung.

Um die wirtschaftliche Einheit dauernd festzulegen, bedarf es einer Revision der Bundesverfassung und zwar in dem Sinne, dass dem Bund das Recht der Gesetzgebung auf dem Gebiete des Gewerbewesens übertragen wird¹⁾.

1. Die Beseitigung der Verkehrsschranken im Inneren der Eidgenossenschaft.

Die Stände der dreizehnörtigen Eidgenossenschaft hatten in ihren Verträgen häufig die Bestimmung aufgestellt, dass die Eidgenossen sich gegenseitig freien Kauf gewähren sollten; im übrigen betrachtete jeder Stand den anderen als Ausland²⁾.

¹⁾ Vgl. Verfassung des Deutschen Reiches, Art. 3 u. 4; Cohn in der Zeitschrift für die gesamten Staatswissenschaften, Jahrgang 1883, S. 593 ff, 624 ff.

²⁾ Blumer, Handbuch des schweiz. Bundesstaatsrechtes I, S. 8, 1863; Dubs, das öffentliche Recht der schweiz. Eidgenossenschaft, zweiter Teil, S. 122; vgl. Hilty, die Bundesverfassungen der Schweiz, S. 305, Projekt einer Bundesrevision vom 4. Juli 1655, Art. 18.

Eine gründliche Änderung brachte hier erst die helvetische Staatsverfassung, deren Artikel 1 alle Grenzen zwischen den Kantonen aufhebt. Es war nur eine Konsequenz dieses Artikels 1, wenn die gesetzgebenden Räte am 8. Mai 1798 beschlossen, eine Verordnung der zürcherischen Verwaltungskammer, welche die Ausfuhr aller Lebensmittel untersagte, zu annulliren und anzuordnen, es habe eine unbedingte «Handlungsfreyheit» zwischen allen Kantonen stattzufinden¹⁾. Der Grundgedanke dieses Gesetzes hat sich durch alle Stadien der spätern staatlichen Entwicklung zu erhalten vermocht. Die freie Zirkulation der Arbeitsprodukte war seit der Helvetik grundsätzlich anerkannt.

Die Mediationsakte garantirt in Art. 5 des zwanzigsten Kapitels für den freien Umlauf der Lebensmittel, des Viehes und der Handelswaren. Der Bundesvertrag von 1815, einschränkend, sichert für Lebensmittel, Landeserzeugnisse und Kaufmannswaren freien Kauf und für diese Gegenstände, sowie auch für das Vieh, die ungehinderte Aus- und Durchfuhr von einem Kanton zum anderen, mit Vorbehalt der erforderlichen Polizeiverfügungen gegen Wucher und schädlichen Verkauf, welche Massregeln für die eigenen Kantonsbürger und die Einwohner anderer Kantone gleich bestimmt werden sollen (Art. 11). Gerade dieser Artikel des Bundesvertrages fand mehrfach ausdehnende Interpretation von Seiten der Tagsatzung, so durch Beschlüsse vom 15. Juli 1818 und 13. Juli 1819, wonach die den Ständen vorbehaltenen polizeilichen Verfügungen niemals in Sperranstalten von einem Kanton gegen den anderen ausarten dürften, dass Lebensmittelsperren gegenüber einem auswärtigen Staat nur mit Genehmigung des Vorortes oder der Tagsatzung von einem Kanton angeordnet werden könnten, und dass kein Kanton die Durchfuhr von Getreide und anderen Lebensmitteln, welche vom Auslande

¹⁾ Oechsli, Quellenbuch zur Schweizergesch., S. 433.

kommen und für einen anderen Kanton bestimmt sind, hemmen oder erschweren solle¹⁾. Ein Tagsatzungsbeschluss vom 26. Juli 1831 ferner bestimmte folgendes: Es soll im Inneren der Eidgenossenschaft der freie Verkehr mit Lebensmitteln, Landes- und Industrieerzeugnissen, wie auch Kaufmannswaren, im vollsten Sinne des Wortes unbedingt stattfinden und demnach die Aus-, Ein- und Durchfuhr für solche Gegenstände, sowie für das Vieh, von Kanton zu Kanton auf keine Weise gehemmt werden dürfen²⁾. Der Beschluss bedeutet eine Änderung des Bundesvertrages, indem man dessen Einschränkungen des freien Verkehrs aufhob und die Kantone zur Gestattung des *freien Umlaufs* der genannten Gegenstände, wie z. Z. der Mediation verpflichtete.

Das auf Art. 11 des Bundesvertrages basirte Bundesrecht schien auch auf die im Bundesstaate geeinten Kantone in ihrem gegenseitigen Verkehr zu passen. Bei der Schöpfung der Bundesverfassung von 1848 begnügte man sich vorerst, das Verhältniss der Einzelstaaten unter einander zu reguliren. Der Art. 29 der Bundesverfassung enthält daher hauptsächlich Bestimmungen über interkantonaies Recht, wie es ganz ähnlich von den Revisionsentwürfen von 1832 und 1833 beabsichtigt war³⁾; er gewährleistet für Lebensmittel, Vieh und Kaufmannswaren, Landes- und Gewerbeerzeugnisse jeder Art freien Kauf und Verkauf freie Ein-, Aus- und Durchfuhr von einem Kanton in den anderen. Vorbehalten sind in Bezug auf Kauf und Verkauf das Salz- und Pulverregal, ferner polizeiliche Verfügungen der Kantone über die Ausübung von Handel und Gewerbe und über die Benutzung der Strassen, gegen

¹⁾ Blumer I 53.

²⁾ Blumer I 86.

³⁾ Blumer I 76, 79.

schädlichen Verkauf, sowie vorübergehende sanitätspolizeiliche Massregeln bei Seuchen. Jene polizeilichen Verfügungen sollen die Kantonsbürger und die Schweizerbürger anderer Kantone gleich behandeln und sind dem Bundesrat zur Prüfung vorzulegen.

Notwendigerweise musste auch die Frage der Konsumgebühren auf Wein und anderen geistigen Getränken ihre Regelung finden, nachdem sie seit 1815 infolge zweifelhafter Interpretation des Bundesvertrages von der Mehrheit der Kantone eingeführt worden waren. Diese Konsumgebühren (Ohmgelder) bildeten in der Tat eine Ausnahme vom Grundsatz des freien Verkehrs; denn sie wurden von Erzeugnissen anderer Kantone und des Auslandes an den kantonalen Grenzen in der Form von Einfuhrzöllen erhoben ¹⁾. Die Bundesverfassung anerkannte sie als zu Recht bestehend, Art. 29, litt. f; ihr Bezug unterlag jedoch erheblichen Beschränkungen, deren wichtigste die Kantone anwiesen, den Transit nicht zu belästigen, die Erzeugnisse schweizerischen Ursprungs mit niedrigeren Gebühren zu belegen, als diejenigen des Auslandes und die schon bestehenden Eingangsgebühren von Produkten schweizerischen Ursprungs nicht zu erhöhen; in Kantonen, wo noch keine beständen, sollten Konsumgebühren nicht neu eingeführt werden dürfen, Bundesverfassung Art. 32.

Der Fortschritt gegenüber dem Bundesvertrag von 1815 mit Bezug auf die Beseitigung der Verkehrshindernisse im Inneren kommt weniger in Art. 29 der Bundesverfassung als in anderen Bestimmungen derselben, welche den gleichen Zweck verfolgen, zum Vorschein. «Nach Aussen war das Land (z. Z. des Bundesvertrages) so gut wie offen; denn der Grenzbatzen hatte mehr die Natur einer Kontrollgebühr. Im Inneren aber wimmelte es von

¹⁾ Dubs II 131.

kleinen Zöllen, Weg- und Brückengeldern, Kaufhaus-, Waag- und Sustgebühren, sowie von Transportvorrechten von Kutschern, Schiffern und Ruthnern¹⁾.» Der Bundesvertrag hatte nämlich zugegeben, dass die von der Tagsatzung genehmigten Zölle, Weg- und Brückengelder in ihrem damaligen Bestand verbleiben könnten, Art. 11, Abs. 3. Die Bundesverfassung von 1848 dagegen verlegte die Zölle auf die Grenze und erteilte in Art. 24 dem Bunde das Recht, die von der Tagsatzung bewilligten oder anerkannten Land- und Wasserzölle, Weg- und Brückengelder, verbindliche Kaufhaus- und andere Gebühren dieser Art, dieselben mochten von Kantonen, Gemeinden, Korporationen oder Privaten bezogen werden, gegen Entschädigung ganz oder teilweise aufzuheben. Jedenfalls sollten solche Abgaben weder erhöht noch neu eingeführt werden, Art. 31. Der Bundesgesetzgebung blieb ferner nach Art. 30 vorbehalten, hinsichtlich der Abschaffung bestehender Vorrechte in Bezug auf Transport von Personen und Waren jeder Art, zwischen den Kantonen und im Inneren derselben, auf dem Wasser und auf dem Lande, die nötigen Verfügungen zu treffen. Auf diese Weise war der Bundesverfassung von 1848 beschieden, den Verkehr im Inneren der Eidgenossenschaft von seinen mannigfachen Hemmnissen zu befreien, und diese Aufgabe hat der Bund in vollem Umfange gelöst, soweit überhaupt seine Kompetenz reichte²⁾.

Die hergebrachten Beschränkungen des interkantonalen Verkehrs waren in Vergessenheit geraten; der Grundsatz des freien Verkehrs hatte sich eingelebt. Der Bundesrat beantragte daher in einer Botschaft betreffend Revision der Bundesverfassung vom 17. Juni 1870, die alte Spezifikation der Waren fallen zu lassen und den freien Verkehr im

¹⁾ Dubs II 124.

²⁾ Blumer I 323 ff, 341 ff.

ganzen Umfang der Eidgenossenschaft ohne Einschränkung zu garantieren¹⁾. Der Entwurf von 1872 und die Bundesverfassung von 1874 gehen noch weiter; sie halten den Grundsatz des freien Verkehrs für genügend gefestigt und seine ausdrückliche Erwähnung in der Bundesverfassung für überflüssig. Aus dem gleichen Grunde ist das an die Kantone gerichtete Verbot der alten Bundesverfassung (Art. 31), neue Zölle, Weg- und Brückengelder einzuführen, gestrichen worden. Dadurch erleidet aber der Grundsatz des freien Verkehrs keine Einbusse; er bleibt vielmehr ein wesentlicher Bestandteil unseres Bundesrechtes, dessen Existenz die Praxis anerkennt²⁾.

Die Eingangsgebühren auf Wein und anderen geistigen Getränken sind beibehalten worden, aber nur bedingt; im Prinzip hat sie die Bundesverfassung von 1874 beseitigt.

¹⁾ B.-Bl. 1870 II 705.

²⁾ Der B.-R. hat mehrfach in seinen Entscheidungen von der Garantie der Freiheit des Handels gegenüber der Garantie der Freiheit der Gewerbe gesprochen und ersterer die Bedeutung der Garantie des freien Verkehrs beigelegt, vermutlich in Anlehnung an die Einteilung, welche Dubs in seinem öffentlichen Rechte der Eidgenossenschaft, II S. 122 u. 134, acceptirt hat. Wir ziehen die Ansicht vor, welche ein parlamentarischer Berichterstatter anlässlich des Rekurses der Bank in Zürich im Anschluss an das Gutachten von Vogt und Hilty angenommen hat. «In Art. 31 der B.-V. bildet nicht die *Scheidung* von Handel und Gewerbe, sondern die *Zusammenfassung* beider Ausdrücke das Wesentliche, und es ist damit alle menschliche, auf Erwerb und Gewinn gerichtete Tätigkeit, sofern sie nur nicht als eine sitten- oder rechtswidrige sich darstellt, gemeint», v. Salis, schweiz. Bundesrecht, Nr. 528. Die Begründung dieser im Nationalrat aufgestellten Ansicht s. in den Rechtsgutachten und Rekurschriften betreffend das zürcherische Banknotenmonopol, 1877, S. 19—21. — Auch so bleibt der Grundsatz des freien Verkehrs gewahrt, welchen der B.-R. nach der Annahme der B.-V. von 1874 noch anzuwenden sich gezwungen sah. So hat er folgende gesetzliche Bestimmung des Kantons Uri als verfassungswidrig erklärt: Es sollen weder Partikularen noch die Gemeinden einiges dürres oder totes, viel weniger also grünes Holz an Fremde verkaufen oder sonst ausser Land tun mögen. Salis, Nr. 537. Einzelnen Versuchen im Kt. Wallis, Weggelder einzuführen, ist der B.-R. unter Berufung auf Art. 24 der B.-V. von 1848 u. Art. 31 litt. e der jetzigen B.-V. entgegengetreten, Salis, Nr. 1420, 1421.

Nach dem Schlusssatz des Art. 32 sollen mit Ablauf des Jahres 1890 alle Eingangsgebühren, welche von den Kantonen erhoben werden, sowie ähnliche von einzelnen Gemeinden¹⁾ bezogene Gebühren ohne Entschädigung dahin fallen. Infolge der Partialrevision der Bundesverfassung vom Jahre 1885, welche die Einführung des Alkoholmonopols ermöglichte, erfolgte die Aufhebung der Ohmgelder schon vor dem in Art. 32 bezeichneten Zeitpunkt. Art. 6 der Übergangsbestimmungen setzte in seinem ersten Absatz fest, dass, wenn vor Ende des Jahres 1890 ein Bundesgesetz im Sinne des Art. 32^{bis} eingeführt werde, schon mit dessen Inkrafttreten die von den Kantonen und Gemeinden nach Art. 32 bezogenen Eingangsgebühren auf geistigen Getränken dahinfallen sollen²⁾. In Vollziehung des Bundesgesetzes betreffend gebrannte Wasser verfügte der Bundesrat durch Beschluss vom 15. Juli 1887 den Wegfall der Ohmgelder auf den 1. September 1887³⁾. Der Handel mit ungebrannten geistigen Getränken darf seither von den Kantonen keinen besonderen Steuern unterworfen werden als denjenigen, welche zum Schutze von gefälschten oder gesundheitsschädlichen Getränken notwendig sind, Art. 32^{bis} Abs. 2.

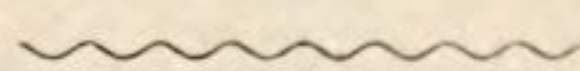
Die «unbedingte Handlungsfreyheit» zwischen allen Kantonen, welche die Helvetik proklamirt hatte, ist somit in vollem Umfang wieder hergestellt⁴⁾.

1) Nicht nur der *interkantonale*, sondern auch der *innerkantonale* Verkehr ist frei.

2) Unter Art. 32 waren auch subsumirt worden, ohne ausdrücklich erwähnt zu sein, der Tessiner Grenzzoll (*dazio cantonale*) und die Octrois der Städte Genf und Carouge.

3) Wolf, die schweiz. Bundesgesetzgebung, I 965.

4) B.-V. Art. 31 litt. d, s. unten S. 93.



II. Kurze Übersicht über die gewerberechtlichen Systeme ¹⁾.

Wohl als der letzte unter den Staaten Westeuropas hat die schweizerische Eidgenossenschaft sich zum Prinzip der Gewerbefreiheit bekannt.

Bis zur grossen französischen Revolution waren auf dem europäischen Kontinent allenthalben Systeme der Gewerbeunfreiheit in rechtlicher Geltung. «Nicht die Freiheit der Einzelnen, sondern die obrigkeitliche Regelung und Bevormundung mit weitgehender Beschränkung der individuellen Freiheit ist hierbei das Grundprinzip der Rechtsordnung. Die Obrigkeit übernimmt in erster Reihe die Sorge und Verantwortung für die Lage der Einzelnen und für den Gesamtzustand des Gewerbewesens. Als Systeme dieser Art sind in der Geschichte vornehmlich seit dem Mittelalter das Zunftsystem und später das System der obrigkeitlichen Konzessionierung ausgebildet worden.» (Schönberg.)

Seit dem 16. Jahrhundert waren die Zünfte in Verfall geraten. Der Zunftzwang, ehemals ein Mittel, Gewerbetreibende gleicher Gattung im Interesse der Konsumenten und des gemeinen Wohls in die Gemeinschaft zu zwingen, wurde zu einem Mittel, Unzünftige im Interesse der privilegierten Gewerbsberechtigten aus Konkurrenzfurcht und Brodneid vom Gewerbebetrieb auszuschliessen. Die alten Rechte und Befugnisse der Zünfte und Zunftmitglieder wurden privatrechtliche Privilegien der Korporationsmitglieder, welche diese ohne Rücksicht auf das öffentliche

¹⁾ Schönberg, Handbuch der politischen Ökonomie, 1891, 2. Bd., S. 462—501; Kaizl, der Kampf um Gewerbe reform u. Gewerbefreiheit in Bayern, in Schmollers staats- u. socialwissenschaftlichen Forschungen, 2. Bd. 1. Heft, Einleitung S. 1—38; Bitzer, Arbeit u. Kapital, 1871.

Interesse und die berechtigten Ansprüche Dritter, ohne Rücksicht auf die Ehre des Gewerbes und das gemeine Wohl lediglich in ihrem persönlichen Interesse egoistisch ausbeuteten. Die monopolistische Ausbeutung der Gewerbsberechtigung — die Erteilung des Rechts auf den Gewerbebetrieb war nämlich eine Befugnis der Zunft — zeigte sich in dem Streben nach Geschlossenheit oder Sperrung der Zunft, in der Ausschliessung ganzer Klassen wegen Unehrllichkeit der Abkunft, in der Vernachlässigung einer tüchtigen Ausbildung der Lehrlinge und Gesellen, in der Erschwerung des Übertritts vom Lehrling zum Gesellen, vom Gesellen zum Meister, durch die Forderung von Meisterstücken, Schmausereien, hoher Eintrittsgelder u. s. w.

Die vielen Missbräuche im Handwerk, welche nur dazu dienten, einer kleinen Zahl privilegierter Familien eine sichere Existenz zu schaffen, veranlassten den Staat, im Interesse des öffentlichen Wohles einzuschreiten. Es kam die Zeit der staatlichen Bevormundungspolitik und des Merkantilsystems. Das Recht, die Befugnis zum Gewerbebetrieb zu erteilen, beanspruchte der Staat; dieser galt nunmehr als «die Quelle des Rechts auf Gewerbebetrieb.» Zu einer gründlichen Reform gelangte man aber nicht. Vielerorts blieb der Gewerbebetrieb ein ausschliessliches Vorrecht der Städte. Die Zunftorganisation wurde beibehalten, der Zunftzwang anerkannt; daneben stand es aber dem Staat frei, an ausser der Zunft Stehende die Befugnis zum Gewerbebetrieb zu verleihen oder ein Gewerbe selber zu betreiben. Der Gewerbebetrieb, das Lehrlings- und Gesellenwesen, die Meisterprüfungen unterlagen der eingehendsten Reglementierung und Überwachung durch den Staat. Zahlreiche und detaillirte obrigkeitliche Vorschriften wurden bezüglich der Güte und Preiswürdigkeit der zünftigen Arbeiten erlassen. — Neben den zünftigen anerkannte man nichtzünftige Gewerbe, welche namentlich den im 18. Jahrhundert

sich entwickelnden Fabrikbetrieb umfassten; auch ihr Betrieb hing von der Erteilung einer obrigkeitlichen Konzession ab und war Gegenstand der staatlichen Bevormundung.

Dazu trat der Umstand, dass die Staaten des 17. und 18. Jahrhunderts Anhänger des Merkantilsystems waren. Zur Erzeugung einer günstigen Handelsbilanz beförderte man die inländische Industrie und den Export durch Ausführverbote und Einfuhrprämien auf Rohstoffe, durch Einfuhrverbote und Ausführprämien für Fabrikate, durch Vorschriften betreffend die Qualität der Waren und obrigkeitliche Überwachung der für den Export bestimmten Gewerbsprodukte.

Überhaupt erschien es im Polizeistaate als Pflicht des Staates, die wirtschaftliche Tätigkeit des Einzelnen zur Hebung des Nationalreichtums bis ins Detail vorzuschreiben, durch Ordnungen, Taxen und Reglements Handel und Gewerbe zu normiren, durch Luxusgesetze unproduktiver Konsumtion zu steuern, durch Kulturmandate die Art des Landbaues zu bestimmen, durch Strafandrohung den Müßiggang oder die unrichtige Anwendung der Arbeitskräfte zu hindern ¹⁾. «Aber diese obrigkeitliche Bevormundungspolitik schuf allmählig einen Zustand des Gewerbewesens, der durch die Unterdrückung der individuellen Bewegungsfreiheit gegenüber den revolutionären Veränderungen, die in der Technik der gewerblichen Produktion infolge zahlreicher Erfindungen und Entdeckungen und in den Transport- und Verkehrsverhältnissen vor sich gingen, zu einem Hemmnis des gewerblichen Fortschritts, insbesondere der notwendigen und wünschenswerten Entwicklung des Grossbetriebs wurde, der dazu die neuen Rechte, welche man seit dem Ende des vorigen Jahrhunderts in dem Bestreben,

¹⁾ Bitzer, S. 4 ff.

den Rechtsstaat zu verwirklichen, für die Einzelnen forderte, vielfach auf das schreiendste verletzte und der Staatsgewalt eine Aufgabe auferlegte, welche diese, wenigstens in den grösseren Staaten, unter den veränderten allgemeinen wirtschaftlichen Zuständen nicht mehr erfüllen konnte.» (Schönberg).

Die Befreiung von dieser Fesselung der wirtschaftlichen Kräfte seitens des Staates zu seinen Gunsten und zu Gunsten einzelner privilegierter Klassen war das Ziel der Physiokraten und des ökonomischen Liberalismus. An die Spitze des von den Physiokraten aufgestellten wirtschaftlichen Systems trat das *Individuum* und sein Streben nach ökonomischem Wohlstand. Vor allem hat Gournay (1712 bis 1759) gefordert, dass der Staat jedem die Freiheit verbürge, seinen wirtschaftlichen Vorteil nach eigener Wahl zu verfolgen; daher wird die Abschaffung alles dessen verlangt, was dieser Wahlfreiheit des Individuums entgegensteht (Monopole, Zünfte, Privilegien, Lehrlingsgesetze, Taxen u. s. w.). Die beste Förderung von Handel und Gewerbe erblickte man in der grösstmöglichen Entfesselung der Konkurrenz und in der geringstmöglichen Einmischung des Staates in die wirtschaftlichen Angelegenheiten. Von dem Walten des Egoismus und dem freien Wettbewerbe versprach man sich die besten Erfolge, jede Einmischung des Staates hielt man für verdächtig und gefährlich: laissez faire, laissez passer, le monde va de lui même¹⁾.

Die französische Revolution übersetzte diese Theorie vom freien Spiel der Kräfte in die Praxis. In der von Sieyès am 20. und 21. Juli 1789 dem Verfassungsausschusse der französischen Nationalversammlung vorgebrachten, die Rechte des Menschen und des Bürgers proklamierenden Einleitung zu der Grundverfassung Frankreichs, wird als erstes Recht des Menschen das Eigentum an

¹⁾ Kaizl, S. 16—20.

seiner Person genannt. Aus diesem Rechte fließt das Eigentum der Handlungen und der Arbeit; denn die Arbeit ist nichts anderes als der Gebrauch der Kräfte. Die Grenzen der Freiheit des Einzelnen beginnen da, wo sie der Freiheit des Anderen zu schaden anfangen.

Diese Grundrechte des Menschen haben dann Aufnahme in die Konstitution vom 3. September 1791 gefunden. «Die unveräußerlichen Rechte des Menschen sind die Freiheit, das Eigentum, die Sicherheit und der Widerstand gegen die Unterdrückung. Die Freiheit besteht in der Gewalt, Alles zu tun, was anderen nicht schadet. Die Ausübung der natürlichen Rechte jedes Menschen hat demgemäß keine anderen Grenzen als solche, welche den übrigen Mitgliedern der Gesellschaft den Genuss der gleichen Rechte sichern. Diese Grenzen können nur durch das Gesetz festgestellt werden» ¹⁾.

In Ausführung dieser Grundsätze hat die Konstitution vom 3. September 1791 alle Einrichtungen, welche die Freiheit und Gleichheit der Rechte verletzen, alle Standes- und Geburtsvorrechte aufgehoben und bestimmt, dass es für keinen Teil der Nation und für kein Individuum irgend ein Privilegium oder eine Ausnahme von dem gemeinen französischen Rechte, keine Geschworenenämter und Korporationen von Handwerken, Künsten und Gewerben geben solle. In Übereinstimmung mit den Grundsätzen der Menschenrechtserklärung waren schon durch Dekret vom 2.—17. März 1791 alle Zunftrechte, Privilegien, Gewerbe-rechte und Zunftgeschworenenämter aufgehoben worden ²⁾. Vom 1. April 1791 an sollte es jeder Person frei stehen,

¹⁾ Bitzer, S. 16.

²⁾ Art. 7 des Dekretes: A compter du 1^{er} avril prochain, il sera libre à toute personne de faire tel négoce, ou d'exercer telle profession, art ou métier, qu'elle trouvera bon; mais elle sera tenue de se pourvoir auparavant d'une patente et de se conformer aux règlements de police, qui sont ou pourront être faits. Duvergier, collections des lois II 230 ff.

jeden Erwerbszweig, jede Kunst und jedes Handwerk, welches ihr gut dünkte, auszuüben. Der Hass gegen die gestürzte Zunftverfassung und der fanatische Doktrinarismus in bezug auf individuelle Freiheit war so gross, dass man jedwede Vereinigung von Gewerbetenossen untersagte.

Von Frankreich aus verbreitete sich die Gewerbefreiheit über alle zivilisirten Länder des europäischen Kontinents ¹⁾. Nach dem linksrheinischen Deutschland gelangte sie schon Ende des letzten Jahrhunderts zugleich mit der französischen Herrschaft. Preussen führte sie durch das Gewerbegesetz vom 7. September 1811 ein. Im übrigen wechselte die Gewerbegesetzgebung in den Staaten des Deutschen Bundes (Preussen inkl.) zwischen der freiheitlichen und freiheitsfeindlichen Richtung, bis zu Anfang der sechziger Jahre die meisten definitiv zur Gewerbefreiheit übergingen. Am 21. Juni 1869 wurde für den Norddeutschen Bund eine Gewerbeordnung erlassen, die auf dem Prinzip der Gewerbefreiheit basirt ist, und deren Bestimmungen nicht ohne Einfluss auf die Rechtsprechung der Bundesbehörden geblieben sind. Das Gesetz vom 16. April 1871 hat ihren Geltungsbereich auf das ganze Gebiet des Deutschen Reiches ausgedehnt.

Was die Schweiz betrifft, so bestanden in den alten Demokratien niemals Zünfte; dagegen hatten in den Stadtekantonen die regierenden Städte ihre Macht nach Möglichkeit zu ihren Gunsten und zum Nachteil der Untertanen ausgenutzt und ein strenges Zunftsystem durchgeführt.

Mit der Helvetik wurde die Gewerbefreiheit importirt. Die helvetische Staatsverfassung weist zwar keine Bestimmung auf, die mit ausdrücklichen Worten Erwerbsfreiheit proklamirt; dem Art. 5 derselben ist jedoch ohne Zweifel dieselbe Bedeutung zuzumessen, wie seinem Vorbild, dem Art. 4 der Erklärung der Rechte der Menschen

¹⁾ Roscher, System der Volkswirtschaft, 1882, III 658.

und Bürger, welcher in Frankreich die Einführung der Gewerbefreiheit nach sich gezogen hatte. In seinen Anfangssätzen lautet Art. 5 der helvetischen Staatsverfassung: Die natürliche Freiheit des Menschen ist unveräußerlich. Sie hat keine anderen Grenzen als die Freiheit jedes anderen und die Verfügungen, welche das allgemeine Wohl unumgänglich erheischt. Man darf also annehmen, während der kurzen Zeit der Geltung jener Verfassung sei das Erwerbsleben im ganzen Umfange der helvetischen Eidgenossenschaft vom Prinzip der Gewerbefreiheit, wenigstens in der Theorie, beherrscht gewesen. Einige Entscheidungen der gesetzgebenden Körper der Helvetik aus dem Jahre 1798 zeigen übrigens, dass man, zum mindesten in Einzelfällen, das Prinzip auch praktisch zu verwirklichen trachtete ¹⁾. Dass aber schon damals der Grundsatz der Gewerbefreiheit systematisch durchgeführt worden sei, davon kann keine Rede sein; denn mit dem Sturze der Helvetik ist jede direkte oder indirekte Garantie derselben aus den Bundesverfassungen der Schweiz verschwunden.

Während der Mediation war jeder Schweizerbürger befugt, seinen Wohnsitz in einen anderen Kanton zu verlegen und seinen Gewerbe daselbst frei zu treiben. Als individuelles Recht wurde demnach die Gewerbefreiheit von der Mediationsakte nicht anerkannt, und das Recht, den Gewerbe *frei* zu treiben, bedeutet wohl keine Garantie der Gewerbefreiheit für den Schweizerbürger, sondern die Befugnis, das Gewerbe unter den gleichen Bedingungen wie die Kantonsbürger zu treiben ²⁾, vgl. unten, Bundesverfassung von 1848, Art. 41 Ziff. 4.

Der Bundesvertrag von 1815 vollends enthält keine Bestimmungen über Freizügigkeit und somit auch nicht über das Recht des Gewerbebetriebes. Durch das Kon-

¹⁾ Hilty, Vorlesungen über die Helvetik, S. 230, 235.

²⁾ Vgl. Tagsatzungsbeschluss vom 6. Juli 1805.

kordat betreffend das Niederlassungsverhältnis unter den Eidgenossen vom 10. Juli 1819 wurde für die Bürger der konkordirenden Kantone eine beschränkte Freizügigkeit vereinbart und in Art. 3 festgesetzt, dass der Niedergelassene nach Massgabe der Gesetze und Verordnungen des Niederlassungskantons sein Gewerbe treiben könne ¹⁾.

Die Bundesverfassung von 1848 schliesst sich in diesem Punkte wie bezüglich des Niederlassungswesens an das Konkordat von 1819 an. Art. 41 Ziff. 4 sichert dem niedergelassenen Schweizerbürger freie Gewerbsausübung und das Recht der Erwerbung und Veräusserung von Liegenschaften zu nach Massgabe der Gesetze und Verordnungen des Niederlassungskantons, welcher den Niedergelassenen dem eigenen Bürger gleichhalten soll. Dieser Verfassungsbestimmung kam aber im Jahre 1848 eine weit grössere Bedeutung zu als derjenigen des Konkordats von 1819. Seit Anfang der dreissiger Jahre hatten eine Reihe von Kantonen die noch bestehenden städtischen und andere Privilegien beseitigt und Gewerbefreiheit eingeführt; es war vorauszusehen, dass die anderen Kantone nachfolgen würden; denn die gewerbefreiheitliche Bewegung hatte ihren Höhepunkt noch nicht erreicht. In der Tat herrschte im Jahre 1874 in allen Kantonen mit Ausnahme von Baselstadt Gewerbefreiheit ²⁾, so dass Dubs nicht mit Unrecht bemerken durfte, das Jahr 1848 habe schon das *Wesen* der Gewerbefreiheit gebracht, wenn dieser Grundsatz in der Bundesverfassung auch noch nicht textuell ausgesprochen worden sei ³⁾.

¹⁾ Bluntschli, Geschichte des schweiz. Bundesrechtes, II 391.

²⁾ Die altdemokratischen, die welschen Kantone, St. Gallen, Thurgau, Luzern, Solothurn, Zürich besaßen schon vor 1848 Gewerbefreiheit; sie wurde eingeführt von Bern nicht erst durch das Gewerbegesetz von 1849, sondern schon durch die Verfassungen von 1831 Art. 16 u. von 1846 Art. 79; Schaffhausen und Baselland 1855, Wallis 1857, Aargau 1858—1860. Schollenberger, die schweiz. Handels- u. Gewerbeordnungen, 1889, S. 39 u. 40.

³⁾ Dubs II 135.

Immerhin entbehrte das Prinzip der Gewerbefreiheit der allseitigen Durchführung. In den meisten Kantonen war dasselbe nicht auf alle Erwerbszweige ausgedehnt, z. B. *nicht* auf das Wirtschafts-, das Apothekergewerbe, den Hausierhandel; soweit jedoch die Gewerbe frei erklärt waren, wurden oft neben den eigenen Kantonsbürgern nur die Niedergelassenen zum Gewerbebetrieb zugelassen. Die Gewerbefreiheit war eben eine kantonale, beschränkt auf die Kantonseinwohner. Eine Reihe solcher Beschränkungen stellt der Bundesrat in seiner Botschaft betreffend die Revision der Bundesverfassung vom 17. Juni 1870 zusammen: «Vielfach bestehen in den Kantonen noch Ungleichheiten, bei denen es auf Begünstigung der Kantons-einwohner gegenüber anderen Schweizerbürgern abgesehen ist. Man hindert kantonsfremde Handwerker in der Ausübung ihres Berufes (die Botschaft vom 1. Juli 1865 erwähnt den in der Ullmer'schen Sammlung [Nr. 51] aufgeführten Fall, wonach ein im Kanton Solothurn angesessener Maler, welcher im Kanton Baselland ein Gartenhaus angestrichen hatte, hiefür bestraft wurde, weil er im letzteren Kanton arbeitete, ohne dort die N. zu besitzen und ohne in die dortige Handwerkerkontrolle eingetragen zu sein); Zunftzwang ist noch gestattet; Erwerbung von Liegenschaften allen nicht Niedergelassenen untersagt; Einfuhr gewisser Handwerksartikel verboten; selbst Fleisch und Brod dürfen von aussen nicht in einzelne Städte gebracht werden; kantonsfremden Führern wird die Ausübung ihres Gewerbes verweigert, fremden Kutschern der Gewerbebetrieb ausserordentlich erschwert u. s. w.¹⁾.» Der Bundesrat hielt es für notwendig, dem Arbeiter selbst die Möglichkeit der freiesten persönlichen Bewegung in der Arbeitsübernahme zu verschaffen, nachdem die Beseitigung der Verkehrsschranken im Innern und die Verlegung der Zölle

¹⁾ B.-Bl. 1870 II 672.

auf die Grenzen der Eidgenossenschaft, diese zu einem einheitlichen Arbeitsgebiete gestaltet hatten.

Schon bei Anlass der Revisionsbewegung Mitte der sechziger Jahre wünschte der Bundesrat Aufnahme der Garantie der Gewerbefreiheit in die Bundesverfassung. In seiner Botschaft betreffend die Revision der Bundesverfassung vom 1. Juli 1865 beantragte er den eidgenössischen Räten, dem Art 29 folgende neue Bestimmung als zweiten Satz beizufügen: Desgleichen wird jedem Schweizerbürger das Recht freier Gewerbsausübung im ganzen Umfange der Eidgenossenschaft zugesichert ¹⁾. Die Kommissionen beider Kammern lehnten jedoch diese Neuerung ab, ohne ihren Widerstand eingehender zu begründen ²⁾. Als nun die Revision der Bundesverfassung aufs neue an Hand genommen wurde, brachte der Bundesrat wiederum den Vorschlag, das Recht freier Berufs- und Gewerbsausübung jedem Schweizerbürger durch die Bundesverfassung zu garantiren, und zwar in einer Fassung, welche im wesentlichen derjenigen des Art. 31 der jetzigen Bundesverfassung entspricht ³⁾. Aus den Beratungen der eidgenössischen Kammern ging Art. 29 des Entwurfes von 1872 hervor, mit dem Art. 31 der Bundesverfassung von 1874 wörtlich übereinstimmt, ein Umstand, der darauf hinweist, dass die Proklamation der Gewerbefreiheit auf keinen erheblichen Widerstand gestossen ist. In der Tat hatte sich gegen die Aufnahme der Garantie derselben weder im Nationalrat noch im Ständerat die mindeste Opposition erhoben.

Im Jahre 1885 wurde Art. 31 einer Revision unterzogen, die jedoch seine prinzipielle Bedeutung unverändert gelassen hat und daher die grundsätzliche Erörterung nicht

¹⁾ B.-Bl. 1865 III 58, 49 ff.

²⁾ B.-Bl. 1865 III 616, 669.

³⁾ B.-Bl. 1870 II 671 ff., 705. Namentlich Dubs hatte in einer Brochure «zur Bundesrevision» die Gewährleistung der Gewerbefreiheit postulirt.

zu beeinflussen vermag. Der Wortlaut der Redaktion von 1885 ist folgender:

Art. 31. Die Freiheit des Handels und der Gewerbe ist im ganzen Umfange der Eidgenossenschaft gewährleistet. Vorbehalten sind:

- a) Das Salz- und Pulverregal, die eidgenössischen Zölle, die Eingangsgebühren von Wein und andern geistigen Getränken, sowie andere vom Bund ausdrücklich anerkannte Verbrauchssteuern, nach Massgabe des Art. 32;
- b) die Fabrikation und der Verkauf gebrannter Wasser nach Massgabe des Art. 32^{bis};
- c) das Wirtschaftswesen und der Kleinhandel mit geistigen Getränken in dem Sinne, dass die Kantone auf dem Wege der Gesetzgebung die Ausübung des Wirtschaftsgewerbes und des Kleinhandels mit geistigen Getränken den durch das öffentliche Wohl geforderten Beschränkungen unterwerfen können.
- d) sanitätspolizeiliche Massregeln gegen Epidemien und Viehseuchen.
- e) Verfügungen über Ausübung von Handel und Gewerben, über Besteuerung des Gewerbebetriebes und über die Benutzung der Strassen. Diese Verfügungen dürfen den Grundsatz der Handels- und Gewerbefreiheit selbst nicht beeinträchtigen.

Der erste Satz des Art. 31 findet seine Vorbilder in den französischen Konstitutionen der Revolutionszeit; selbst diese kennen keine radikalere Form für die Proklamation der Gewerbefreiheit. Die Forderung Gournays, der Staat solle jedem die Freiheit verbürgen, seinen wirtschaftlichen Vorteil nach eigener Wahl zu verfolgen, hat mehr als hundert Jahre nach ihrer Entstehung in der Bundesverfassung von 1874 Verwirklichung gefunden.

III. Das individuelle Recht des Art. 31.

Das in Art. 31 gewährleistete Recht fassen wir auf als das Recht des Individuums auf Zulassung zu jeder erlaubten, auf Erwerb gerichteten Tätigkeit¹⁾.

Als unerlaubt, d. h. rechtswidrig stellt sich die vom Staat wegen ihrer Unsittlichkeit verbotene Tätigkeit dar. Unsittliche Erwerbstätigkeit kann der Staat unmöglich gewährleisten. Darüber, welcher Erwerb als sittenwidriger anzusehen ist, werden jedoch die Ansichten oft auseinander gehen. Deshalb muss der Staat, um die Freiheit der Individuen vor administrativer Willkür zu schützen, auf dem Wege der Gesetzgebung diejenigen Erwerbszweige bestimmen, welche als unsittliche von der Garantie ausgeschlossen und demnach als rechtswidrige zu betrachten sind. So untersagen die *kantonalen* Straf- und Polizeigesetze Kuppelei, Hehlerei, Bettel, Wahrsagerei u. s. w. Um jedoch zu verhüten, dass die Kantone irgend welche Gewerbe unter dem Vorwand der Unsittlichkeit derselben unterdrücken, sind die Bundesbehörden befugt, über die Frage der Zulässigkeit eines als unsittlich verbotenen Gewerbes in letzter Instanz zu entscheiden. Wohl in diesem Sinne hat der Bundesrat ein Verbot somnambulischer Konsultationen gegen Entgelt, welches sich auf das neuenburgische Strafgesetzbuch stützt, gutgeheissen^{2) 3)}.

¹⁾ Seydel, das Gewerbepolizeirecht nach der Reichsgewerbeordnung, in den Annalen des Deutschen Reichs, Jahrg. 1881, S. 569; vgl. Salis Nr. 528, s. oben S. 81 Anm. 2.

²⁾ Salis, Nr. 552.

³⁾ Im Nationalrat wurde im Dezember 1893 vorgeschlagen, auf dem Wege der B.-Gesetzgebung den Zwischenhandel mit Liegenschaften (sog. Hofmetzgerei) durch Aufnahme der Bestimmung zu beschränken, dass in der Regel jeder Zerstückelung eines *Gutes ein dreijähriger Besitz* desselben vorangehen müsse. Der Antrag wurde zwar verworfen, dagegen eine entsprechende Protokollerklärung, dass die Kantone zu solchen Massregeln befugt seien, genehmigt. Hilty, polit. Jahrbuch der Eidgenossenschaft, achter Jahrgang. 1893. S. 410.

Als unsittlichen Erwerb betrachtet und verbietet der *Bund* in Art. 35 der Bundesverfassung die Errichtung und das Halten von Spielbanken; was für Spiele vom Verbote betroffen werden, lässt sich allerdings nicht mit völliger Sicherheit angeben ¹⁾.

Art. 35 ermächtigt ferner den Bund, in Beziehung auf die Lotterien geeignete Massnahmen zu treffen. Offenbar soll diese Bestimmung dem Bunde ermöglichen, das Veranstellen von Lotterien als unsittliche Erwerbstätigkeit zu untersagen oder wenigstens ganz erheblich einzuschränken ²⁾. Zur Zeit hat der Bund von der ihm eingeräumten Kompetenz zum Erlass eines Bundesgesetzes noch keinen Gebrauch gemacht; das Gesetzgebungsrecht über das Lotteriewesen steht noch im ganzen Umfange bei den Kantonen ³⁾, welche in ihrer Mehrzahl im Sinne des absoluten Verbotes der Veranstaltung von Lotterien und des Vertriebes von Lotterielosen legiferiert haben, was von der bundesrätlichen Rekurspraxis mit Berufung eben auf Art. 35 in der Regel nicht beanstandet wird ⁴⁾. Immerhin wird in einigen Kantonen Bewilligung für einzelne Verlosungen seitens der Regierung dann erteilt, wenn letztere gemeinnützige Unternehmungen zu unterstützen bestimmt sind, und man darf annehmen, dass ein kantonales Lotterieverbot, welches auf so geartete Verlosungen erstreckt würde, von den Bundesbehörden nicht aufrecht erhalten würde ⁵⁾. Nach einer Entscheidung aus dem Jahre 1892 unterliegt ferner der Handel mit Prämienlosen, der eine Art der sogenannten

¹⁾ In einem Schreiben des B.-R. an die Regierung von Luzern vom 28. Oktober 1888 heisst es z. B.: Es ist jedes öffentliche Etablissement zu schliessen, in welchem das Spiel in grossem Stile betrieben wird, so dass es zu Betrügereien und öffentlichem Ärgernis Anlass gibt und geeignet erscheint, Hab und Gut unkluger Personen zu gefährden. Salis, Nr. 1404; vgl. Nr. 1405.

²⁾ Vgl. Salis, Nr. 1409 Anm. 1.

³⁾ Salis, Nr. 1404, 1407.

⁴⁾ Salis, Nr. 1410, 566; B.-Bl. 1894 I 619.

⁵⁾ Blumer-Morel, Bundesstaatsrecht, 2. Bd. 1. Abteilung, 1880, S. 300.

gemischten Lotterien darstellt, dem kantonalen Lotterieverbot nicht, weil Anleihenslose, obschon sie ein Element der Lotterie enthalten, nicht bestimmt sind, auf dem Wege der Lotterie realisirt zu werden ¹⁾.

Die gewährleistete Tätigkeit muss auf *Erwerb* gerichtet sein, d. h. sie muss den Zweck verfolgen, dem die Tätigkeit Ausübenden ein Einkommen oder einen Teil des Einkommens zu verschaffen ²⁾. Gleichgültig ist, ob der erstrebte finanzielle Erfolg erreicht wird oder nicht; den letzteren begreift die Garantie nicht in sich.

Die Garantie des individuellen Rechtes erstreckt sich nur auf die *private*, d. h. diejenige Tätigkeit, welche sich auf dem Gebiete des bürgerlichen Rechtes bewegt. *Amtliche* Tätigkeit, wenn sie auch von Seiten des Beamten des Erwerbes wegen übernommen wird, bezweckt nicht Erwerb, sondern Durchführung der staatlichen Aufgaben ³⁾.

Die zur Durchführung der Staatszwecke notwendige Tätigkeit ist vom Staate monopolisirt, sog. Verwaltungsmonopol; sie wird von den staatlichen Organen ausgeübt. Gewisse Staatstätigkeiten werden jedoch nicht durch unmittelbare Staatsbeamte, sondern durch vom Staat beauftragte oder zugelassene, nicht im Verhältnis solcher Beamten stehende Personen ausgeübt. Es sind dies die Fälle sog. delegirter Verwaltungsmonopoltätigkeit, welche sich ebenfalls als amtliche Tätigkeit qualifizirt ⁴⁾. In die Kategorie dieser delegirten staatlichen Tätigkeiten gehört z. B. diejenige

¹⁾ Salis, Nr. 1411, vgl. B.-Bl. 1895 III 4 ff.

²⁾ Es mag fraglich erscheinen, ob die Veranstaltung von Lotterien zu Wohltätigkeitszwecken als gewerbliche Tätigkeit zu betrachten ist. Die Tätigkeit ist aber ohne Zweifel auf Erwerb gerichtet; hiebei erscheint es als nebensächlich, ob eine uneigennützige Verwendung des zu erlangenden Gewinnes beabsichtigt ist. Seydel, S. 570.

³⁾ Seydel, S. 571.

⁴⁾ Wörterbuch des deutschen Verwaltungsrechtes von Stengel, 2. Bd. S. 140.

des Notars, ferner in einer Reihe von Kantonen diejenige des Advokaten ¹⁾. Von diesem Standpunkt aus lässt sich gegen die Vorschrift des bernischen Emolumententarifes vom 14. Juni 1813, gemäss welcher gewisse Handänderungskontrakte nur von einem «Amtsnotar» des Bezirks, wo die Liegenschaft sich befindet, nicht aber von einem gemeinen Notar stipulirt werden können, sowie gegen die Bestimmung des bernischen Gesetzes über die Amtsnotare vom 21. Februar 1835, wonach der Amtsnotar nur in demjenigen Bezirk seinen Beruf ausüben darf, in welchem er seinen Wohnsitz hat, nichts einwenden, sofern nämlich die citirten Vorschriften sich auf eine Tätigkeit beziehen, die als nicht auf Erwerb zielend betrachtet werden kann. In diesem Falle stehen sie mit den Art. 31 und 33 der Bundesverfassung nicht im Widerspruch ²⁾. — Als *amtliche* Tätigkeit und nicht als ausschliessliche Gewerbeberechtigung Privater scheint sich die Ausübung des Kaminfegerberufes in Basel darzustellen. Nach einer Verordnung von 1873 ist die Zahl der Bewilligungen zu seiner Ausübung eine beschränkte; sie wird im Verhältnis der Häuserzahl und in Berücksichtigung des allgemeinen Bedürfnisses berechnet. Der Kaminfegerberuf in Basel ist als ein Zweig der öffentlichen Sicherheitspolizei organisirt und hat somit einen amtlichen Charakter. Die Kritik, welche die ständerätliche Geschäftsprüfungskommission vom Jahre 1875 der die Errichtung von Kehrbezirken gestattenden Entscheidung des Bundesrates angedeihen liess, scheint daher nicht gerechtfertigt zu sein ³⁾.

¹⁾ Vgl. Laband, das Staatsrecht des deutschen Reiches, 1888, 1. Bd. S. 404 ff., 2. Bd. S. 417 ff.

²⁾ Salis, Nr. 595. Der B.-R. motivirte die Rekursabweisung damit, dass die angefochtenen Bestimmungen in das Gebiet des Immobilien- u. Hypothekarrechts gehörten und in der Kompetenz der Kantone lägen. Es sei nichts dagegen einzuwenden, wenn ein Kanton solche Vorschriften im Interesse einer guten Hypothekarordnung für notwendig halte und die Ausübung des Berufs eines Amtsnotars an Bedingungen knüpfe, welche solche Garantien böten. Vgl. ferner B.-Bl. 1895 I 60.

³⁾ Salis, Nr. 602.

Der Ausdruck *Gewerbefreiheit*, mit welchem die liberale Wirtschaftslehre ihr ökonomisches System bezeichnet, bedeutet, wörtlich genommen, Freigebung der *gewerbsmässigen* Arbeit. Nach Seydels Definition umfasst der Begriff *Gewerbe* in seinem weitesten Sinne jede auf Erwerb gerichtete und *berufsmässig* ausgeübte Privattätigkeit. Seydel unterscheidet dann fünf Arten berufsmässiger Erwerbstätigkeit. Sie kann sich richten

1. auf die Gewinnung von Naturerzeugnissen (bei der Landwirtschaft, Forstwirtschaft, bei dem Bergbau, der Jagd und Fischerei);
2. auf die Bearbeitung von Naturerzeugnissen (Gewerke);
3. auf Umsatz der Güter (Handelsgewerbe);
4. auf Leistung körperlicher Dienste;
5. auf geistige (wissenschaftliche, künstlerische, unterrichtliche ¹⁾ Leistungen).

Die geistige Erwerbstätigkeit fällt für die *rechtliche* Betrachtung unter den Begriff des Gewerbes, weil sie den Zweck des Erwerbes verfolgt, d. h. eben den Zweck, welcher das Merkmal des Gewerbes bildet ²⁾.

Das in Art. 31 garantierte Recht ergreift *einerseits* die *berufsmässige Erwerbstätigkeit*. Dem Individuum ist aber

¹⁾ Hieraus ergibt sich die Unzulässigkeit der Aufhebung von Privatschulen durch die Kantone oder Gemeinden. Der Leiter der Privatschule steht unter dem Schutz des Art. 31. Vogt, Koll.-Heft, W. S. 1891/92.

²⁾ «Es ist nicht notwendig, dass die Tätigkeit, um welche es sich hier handelt, auf Erzeugung von Vermögenswerten gerichtet sei. Nicht der Inhalt der Tätigkeit, sondern deren persönlicher Zweck gibt das entscheidende Merkmal an die Hand.» Seydel, S. 570.

«Für den Rechtsbegriff ist zwischen der Tätigkeit des die vatikanischen Loggien ausmalenden Rafael und der eines gewöhnlichen Anstreichers, zwischen Ghiberti, der die Bronzetüren des Battistero zu Florenz fertigt, und dem Eisen giesser kein Unterschied. Dass die Arbeit der Einen Kunstwerk, die der Anderen Handwerk ist, ist richtig; aber Erwerbsarbeit ist die eine wie die andere.» Seydel, S. 572. 573.

nicht nur gestattet, einen einzigen Erwerbszweig zu ergreifen, es ist vielmehr zugelassen

a) zum gleichzeitigen Betrieb *verschiedener* Gewerbe ¹⁾. Der Bundesrat hat mit Recht den Rekurs eines Fabrikanten, welchem das Wirtschaftspatent mit der Begründung verweigert worden war, die Eigenschaft als Fabrikhaber vertrage sich nicht mit der Führung einer Wirtschaft, gutgeheissen ²⁾.

b) Zum gleichzeitigen Betrieb *desselben* Gewerbes in mehreren Betriebs- und Verkaufsstätten ³⁾. Durch Beschluss vom 28. Juni 1892 hat der Bundesrat anerkannt, dass die Kantone befugt seien, den Grundsatz aufzustellen, dass einer und derselben Person nicht zwei oder mehrere Wirtschaftspatente gewährt werden ⁴⁾. Die Entscheidung ist als verfehlt zu betrachten. Sofern die Kantone von der ihnen im Art. 31 litt. c eingeräumten Befugnis keinen Gebrauch gemacht haben, würde eine so geartete Bestimmung ihrer Wirtschaftsgesetze den aus der folgerichtigen Entwicklung des in Art. 31 liegenden Gedankens sich ergebenden Schlüssen widerstreiten; sofern aber die kantonalen Gesetze nach Massgabe des Art. 31 litt. c die Stellung der Bedürfnisfrage gestatten, fällt die Kompetenz des Bundesrates, über die Zulässigkeit solcher Bestimmungen zu entscheiden, dahin ⁵⁾.

Die Lehre von der Gewerbefreiheit bezweckte die radikale Beseitigung aller den freien Erwerb hemmenden Schranken. Die absolute Fassung des Art. 31 weist darauf hin, dass das garantierte Individualrecht nicht nur auf Freigebung der gewerbsmässigen Erwerbstätigkeit abzielt, sondern auch auf die *einzelne gelegentlichen* Erwerb be-

¹⁾ Vgl. Reichsgewerbeordnung § 3.

²⁾ B.-Bl. 1893 I 593; s. die sonderbare Bemerkung unter Ziff. 1.

³⁾ Vgl. zu Anm. 1.

⁴⁾ B.-Bl. 1893 II 55,4. Die richtige Entscheidung Salis, Nr. 645.

⁵⁾ Vgl. unten.

zweckende Handlung. Sogar eine beständig wechselnde Erwerbstätigkeit muss erlaubt sein ¹⁾).

Die allgemeine Fassung des Art. 31 scheint zur Annahme zu berechtigen, das individuelle Recht auf Zulassung zum Gewerbebetrieb erstrecke sich auf *jeden* Erwerbszweig, sofern nicht von der Bundesverfassung bezüglich einzelner Erwerbszweige das Recht ausdrücklich ausgeschlossen sei. In der Praxis freilich hat letzteres eine einschränkende Interpretation erfahren. Einzelne Erwerbszweige sind Staatsregale der Kantone; von ihnen wird später die Rede sein. Andere sind zwar dem Privatbetrieb nicht entzogen, doch ist es streitig, ob sie unter das Prinzip der Gewerbefreiheit fallen oder nicht, ob also mit Bezug auf sie die Bundesverfassung das individuelle Recht anerkenne oder nicht.

Hieher gehören diejenigen Gewerbe, deren Betrieb der Aufsicht und Gesetzgebung des Bundes unterliegt. Über eine Reihe der wichtigsten Gewerbe ist durch die Bundesverfassung die Gesetzgebung dem Bunde übertragen worden (Bundesverfassung von 1874, Art. 26, 34, 39). Aber auch auf diesem Gebiete verbleibt es trotz der Bundeskompetenz und trotz dem Umstand, dass die Bundesverfassung von den betreffenden Gewerben nicht in Art. 31 spricht, *grundsätzlich* bei der Anerkennung des individuellen Rechtes seitens der Bundesverfassung. Hier gibt es nur zwei Möglichkeiten. Entweder ist der Staat Quelle des Rechts zum Gewerbebetrieb, oder das Recht wurzelt im Individuum. Im ersteren Falle steht dann das Recht zum Betrieb der einzelnen in der Bundesverfassung genannten Gewerbe beim Staat, hier also beim *Bund*; ob und unter welchen Bedingungen der Staat Konzessionen an Private erteilen will, darüber entscheidet er, ohne dabei

¹⁾ Vogt, Kollegienheft.

an die Rechte der Individuen gebunden zu sein. Die Ausführungsgesetze zu den Art. 34 und 39¹⁾ enthalten aber keine Bestimmung, welche den Bundesrat ermächtigt, die von Privaten nachgesuchte Betriebskonzession zu verweigern, wenn die gesetzlich vorgeschriebenen Bedingungen erfüllt sind, im Gegenteil, das Bundesgesetz vom 8. März 1881 schreibt in Art. 2 ausdrücklich vor, die Ermächtigung zur Ausgabe von Banknoten *müsse* erteilt werden, wenn die Erfüllung der gesetzlichen Erfordernisse nachgewiesen sei²⁾. Im gleichen Sinne sind die in Art. 34 vorgesehenen Gesetze zu ergänzen. Dem Privaten steht somit ein Recht auf Konzessionserteilung zu.

Nicht die Absicht, bezüglich dieser Gewerbe das gewährleistete Recht der Individuen auszuschliessen, sondern *Zweckmässigkeitsgründe* haben auf diesem Gebiete zur Kompetenz des Bundes geführt. In der Ohnmacht und Unfähigkeit der Kantone, gewisse Gewerbe der notwendigen Staatsaufsicht zu unterwerfen, ist der Grund der Bundeskompetenz zu finden. Die Rekurspraxis, welche sich vor dem Erlass der Bundesgesetze entwickelte, hat ebenfalls den Standpunkt vertreten, die in den Art. 34 und 39 genannten Gewerbe seien dem Prinzip der Gewerbefreiheit unterworfen. Wenn mit der Überweisung der Gesetzgebung an den Bund die Absicht hätte bekundet werden sollen, auf jene Gewerbe das gewerbefreiheitliche Prinzip *nicht* anzuwenden, so wäre ohne Zweifel das einzig Richtige gewesen, den Kantonen bis zum Zustandekommen der Bundesgesetze in der Ordnung dieser Angelegenheiten freie Hand zu lassen; namentlich auf Art. 31 gestützte

¹⁾ Anders bei den Eisenbahnkonzessionen. Die Konzessionierung erfolgt hier nach gehöriger Prüfung *aller* in Betracht kommender Verhältnisse, B.-Gesetz über den Bau und Betrieb der Eisenbahnen vom 23. Christmonat 1872, Art. 4, Art. 3 Abs. 2. Wolf I 583; Blumer-Morel, 1880, II 1, S. 48; vgl. unten.

²⁾ Wolf I 322.

Beschwerden hätten dann von den Bundesbehörden abgewiesen werden müssen. Davon war aber das gerade Gegenteil der Fall. Rekurse, welche sich gegen Verfügungen kantonaler Behörden bezüglich der in den Art. 34 und 39 genannten Gewerbe richteten, wurden von den Bundesbehörden mit Berufung auf Art. 31 *gutgeheissen*^{1) 2)}. Der Umstand, dass die Bundesgesetze zu Stande gekommen sind, vermag doch jedenfalls an der rechtlichen Stellung dieser Gewerbe nichts zu ändern. Wenn die kantonalen Gesetze den Art. 31 zu respektiren hatten, so muss dies auch von Seiten der Bundesgesetze geschehen.

Die Konsequenz führt dazu, die Gewerbegesetze des Bundes als Verfügungen über Ausübung von Handel und Gewerben im Sinne des Art. 31 lit. e aufzufassen, zu deren Erlass der Bund mit Ausschluss der kantonalen Gesetzgebung kompetent ist³⁾.

Die Bestimmungen der Bundesgesetze zeigen freilich deutlich genug, dass man sich hier von der gewerbefreiheitlichen Lehre des 18. Jahrhunderts, welche jede Einmischung des Staates als verdächtig und gefährlich perhorrescirt, weit entfernt hat. Zur Zeit der Totalrevision der Bundesverfassung machte sich eben, wie Cohn sagt, in demselben Augenblicke, wo man eine feierliche Deklaration zu Gunsten

¹⁾ Salis, Nr. 583, 1502, 1561.

²⁾ Einzig das Versicherungsgewerbe hat eine dem Art. 31 widersprechende Behandlung erfahren, Salis, Nr. 1565, vgl. aber Nr. 1561, Salis I S. 18, 19. Diese ist aber durch nichts gerechtfertigt; die juristische Grundlage desselben ist genau dieselbe wie diejenige der anderen der B.-Gesetzgebung unterworfenen Gewerbe. Anderer Ansicht v. Waldkirch, die Staatsaufsicht über die privaten Versicherungsunternehmungen in der Schweiz, Zürich 1892, S. 55 u. 56; vgl. Salis I S. 20, 21.

³⁾ Sie sind also rechtlich auf die gleiche Stufe zu stellen mit denjenigen Gewerbegesetzen, zu deren Erlass der Bund sich zuständig erklärt hat, ohne dass ihm die Zuständigkeit *expressis verbis* übertragen worden ist, s. unten S. 121.

der Gewerbefreiheit für erforderlich hielt, bereits eine starke Strömung zur Einschränkung derselben geltend¹⁾. Immerhin war diese Strömung nicht kräftig genug, bezüglich jener Gewerbe das Prinzip der Gewerbefreiheit geradezu zu beseitigen; vielmehr ist grundsätzlich das individuelle Recht anerkannt geblieben, wenn auch die Bundesgesetze seine Ausübung im öffentlichen Interesse ganz erheblichen Einschränkungen unterwerfen²⁾.

Das Recht auf Zulassung zu jeder erlaubten, auf Erwerb gerichteten Privattätigkeit ist im ganzen Umfang der Eidgenossenschaft *Jedermann* zugesichert. Darnach besteht kein Unterschied in der *Zulassung* zum Gewerbebetrieb

1. mit Bezug auf die *Gemeinde-, Kantons- oder Bundesangehörigkeit*. Was die *Staats- (Kantons- oder Bundes-) angehörigkeit* betrifft, so kommt in dieser Richtung folgenden Rekursentscheidungen grundsätzliche Bedeutung zu.

Einem Angehörigen des Kantons Uri, welcher zum Graben von Kristallen in der Göschenalp Arbeiter aus dem Kanton Bern verwendet hatte, wurde im Jahre 1874 von der Regierung des Kantons Uri eine Geldstrafe auferlegt, in Anwendung der Bestimmung des Art. 99 des Landrechts: «Kein Fremder noch Beisass soll Strahlen (Kristall), Erz und andere Mineralien, noch nach Wurzeln in hiesigem Land graben bei Gld. 50 Busse von jedem Mal.» Eine gegen diese Bestimmung gerichtete Beschwerde wurde vom Bundesrat gutgeheissen, weil der Sinn der Vorschrift darauf hinauslaufe, dass zwischen Schweizern, die Kantonsbürger, und solchen, die nicht Kantonsbürger sind, ein Unterschied gemacht werde. Hierin liege aber eine unbegründete Beschränkung der Gewerbefreiheit. «Es ist nicht gestattet, den im Kanton nicht eingebürgerten Schweizern gewisse Arten des Gewerbebetriebes «schlecht-

¹⁾ Cohn in der Tübinger Zeitschrift, 1883, S. 599.

²⁾ Vgl. Salis Nr. 1563, S. 324.

hin» zu verbieten¹⁾.» — Die Solothurner Regierung beschloss im Jahre 1887 auf das Gesuch eines badischen Staatsangehörigen um Bewilligung der Eröffnung eines Inkassogeschäftes in Olten solange nicht einzutreten, bis derselbe ein inländisches Bürgerrecht erworben habe. Die Beschwerde des Ausländers erklärte der Bundesrat für begründet; denn nach dem solothurnischen Gesetz über den Betrieb von Geld- und Betreibungsgeschäften sei Jedermann zum Betrieb und zur Besorgung der genannten Geschäfte befugt, der die gesetzlichen Bedingungen erfülle. Besitz des inländischen Staatsbürgerrechtes sei vom Gesetze nicht verlangt, welches sich überhaupt als ein bestimmte Geschäftsbetriebe im öffentlichen Interesse regelndes Polizeigesetz qualifizire. Ein Jedermann zugängliches Gewerbe dürfe daher nicht ausnahmsweise einem fremden Staatsangehörigen verweigert werden. — Dabei wird angedeutet, dass Ausländer nur ausgeschlossen werden könnten, wenn die betreffende Tätigkeit zugleich Verrichtung amtlicher Funktionen in sich schliesse²⁾.

2. Zwischen *Kantonseinwohnern* und denjenigen, welche ihren *Wohnsitz nicht im Kanton* haben, in dem sie ihr Gewerbe betreiben wollen.

«Die Freiheit des «Handels» ist dem Schweizer im ganzen Umfange der Eidgenossenschaft gewährleistet und nicht nur in dem Kantone oder den Kantonen, in welchen er niedergelassen ist»³⁾.

Dagegen kann die N. des Gewerbetreibenden als Bedingung der *Ausübung* des Gewerbes verlangt werden, sofern diese Bedingung die Ausübung nicht verhindert.

3. Zwischen Personen *männlichen* und Personen *weiblichen Geschlechtes*.

¹⁾ Salis, Nr. 533, vgl. unten S. 119.

²⁾ Salis, Nr. 594, vgl. Nr. 627.

³⁾ Salis, Nr. 611; vgl. unten bei Gewerbebesteuerung

Nach einem Grossratsbeschluss dürfen in Appenzell I.-Rh. an alleinstehende Frauenspersonen keine Wirtschaftspatente mehr erteilt werden; der Bundesrat erklärte, eine Bestimmung, die im allgemeinen jede alleinstehende Frauensperson von der Wirtschaftsführung ausschliesse, sei mit Art. 31 nicht vereinbar^{1) 2)}.

4. Zwischen *Voll- und Minderjährigen*, bezw. Nichtbevormundeten und Bevormundeten. Privatrechtliche Handlungsfähigkeit ist zur Ergreifung einer Erwerbstätigkeit nicht erforderlich; dagegen werden die privatrechtlichen Bestimmungen über Handlungsfähigkeit durch Berufung auf Art. 31 nicht entkräftet³⁾.

Wenn der Vormund oder die Vormundschaftsbehörde die Bewilligung zum Wirtschaftsbetrieb für Rechnung «un-erzogener» Kinder nachsucht, so darf ihnen dieselbe nicht verweigert werden mit der Begründung, nur majorenne Individuen participirten an dem in Art. 31 garantirten Rechte; dagegen mögen die Wirtschaftsgesetze den *Betrieb* von Wirtschaften durch minderjährige Personen untersagen und die Konzessionserteilung nur gestatten, wenn die bevormundeten Patentbewerber einen Vertreter stellen, welcher den gesetzlichen Anforderungen an die Person des Wirtes genügt⁴⁾.

¹⁾ Salis, Nr. 659. Sofern jedoch der Kt. Appenzell I.-Rh. von der in Art. 31 litt. c ihm eingeräumten Kompetenz Gebrauch gemacht hat, lässt sich gegen den Grossratsbeschluss nichts einwenden; s. S. 140.

²⁾ Vgl. Salis, Nr. 1510 a. Die Frage, ob Frauenspersonen das eidgen. Patent zur Betreibung einer Auswanderungsagentur erteilt werden könne, entschied der B.-R. im Jahre 1883 im bejahenden Sinne. Durch die Vorschrift des Art. 3 des B.-Gesetzes vom 24. Dezember 1880 (ebenso des B.-Gesetzes vom 22. März 1888), der Patentbewerber müsse in bürgerlichen Rechten und Ehren stehen, sollen nicht Fremde und Frauen ausgeschlossen werden. «Aus der Gesetzesstelle geht hervor, dass nicht ein Unterschied zwischen beiden Geschlechtern gemacht, sondern die gesellschaftliche und bürgerliche Integrität der betreffenden Person zur Bedingung für Erlangung eines Auswanderungsagenturpatentes gesetzt werden wollte.»

³⁾ Vogt, Vorlesungen über Bundesrecht, W. S. 1891/92.

⁴⁾ Salis, Nr. 657.

5. Den *physischen* Personen sind die *juristischen* gleichgestellt.

Die Bundesverfassung anerkennt in Art. 31 ein individuelles Recht; man kann hier, wenn man die Vorbilder des Art. 31 betrachtet, von der Anerkennung eines dem Menschen angeborenen Rechtes reden. Dieser Umstand bringt es mit sich, dass dieses angeborene Recht dem Menschen weder durch gerichtliches Urteil noch durch Verfügung der Verwaltungsbehörden entzogen werden kann ¹⁾.

Im Vorhergehenden ist versucht worden, den Inhalt des Rechtes festzustellen; nunmehr ist notwendig, auf diejenigen Beschränkungen der Ausübung des Rechtes hinzuweisen, welche, obschon sie dem Recht nicht direkt widersprechen, durch Vereitelung seines Zweckes dasselbe illusorisch machen und deshalb als beseitigt zu betrachten sind.

Es ist nämlich nicht das Recht, jede auf Erwerb gerichtete Tätigkeit *auszuüben*, gewährleistet, sondern das Recht auf *Zulassung* zu jeder auf Erwerb gerichteten Tätigkeit. Zwischen der Zulassung zum Gewerbebetrieb und der Ausübung desselben muss genau unterschieden werden. Während das Recht auf Zulassung, weil es im Individuum begründet ist, unbeschränkbar ist, unterliegt die Ausübung notwendigerweise gewissen Beschränkungen, nämlich denjenigen, welche zur Aufrechterhaltung der gleichen Freiheit aller übrigen Individuen und somit im öffentlichen Interesse notwendig sind. « Der Nutzen der Gewerbefreiheit ist wesentlich bedingt durch das Vorhandensein von Schranken, durch welche *andere gleiche Rechte* oder *höhere Interessen* Schutz finden. Die Gewerbefreiheit schliesst nicht aus die *Gewerbeordnung* » ²⁾. Diesen Satz anerkennt auch die Bundesverfassung; sie gestattet in

¹⁾ Vgl. Seydel, S. 591.

²⁾ Schäffle in Bluntschli u. Brater, Staatswörterbuch, IV 333.

litt. e des Art. 31 Verfügungen über Ausübung von Handel und Gewerben.

Die Ausübung des Rechtes ergibt jedoch, wenn man dessen *wirtschaftliche* Konsequenzen in Betracht zieht, das *System der freien Konkurrenz*. Gerade die Entfesselung der freien Konkurrenz ist aber der *Zweck* der Gewährleistung des Rechtes; von der freien Konkurrenz soll das gesamte Gewerbsleben beherrscht sein. *Tatsächlich* ist also ein *wirtschaftliches* System garantiert.

Es ist aber nicht anders möglich, als dass durch jene notwendigen Beschränkungen der Ausübung des Rechtes die absolute Freiheit der Konkurrenz in Mitleidenschaft gezogen wird; denn sie verhindern den, welcher die vom Staate gestellten Bedingungen nicht zu erfüllen vermag, am Eintreten in die Konkurrenz und beschränken denjenigen, welcher diese Bedingungen erfüllt hat, in der freien Verfolgung seines wirtschaftlichen Vorteils. Deshalb muss dafür gesorgt werden, dass die notwendigen Beschränkungen dem wirtschaftlichen Zwecke des Rechtes nicht widersprechen. Die Beschränkungen der Ausübung des Rechtes dürfen demgemäss nicht Beschränkung der *wirtschaftlichen* Konsequenzen des Rechtes, der freien Konkurrenz, beabsichtigen. Eine *zweckwidrige* Beschränkung der Rechtsausübung wäre identisch mit der Aufhebung des Rechtes selber. Das gewährleistete Recht würde zur Unwahrheit, seine bezweckte wirtschaftliche Folge, das System der freien Konkurrenz, unhaltbar. Die Bundesverfassung schreibt deshalb vor, die Verfügungen über Ausübung von Handel und Gewerben dürften den Grundsatz der Handels- und Gewerbefreiheit nicht beeinträchtigen.

Aus der Zeit der obrigkeitlichen Regelung des Gewerbebetriebes sind für gewisse Gewerbe gewisse Beschränkungen der Ausübung stehen geblieben oder in neuerer Zeit aus Zweckmässigkeitsgründen eingeführt worden, welche im Sinne der obigen Ausführungen als

Beeinträchtigungen der freien Konkurrenz aufgefasst werden müssen.

a) *Unzulässig* ist als Bedingung der Gewerbeausübung das *staatliche Erfordernis von Fachkenntnissen*.

Die Forderung von Fachkenntnissen enthält an und für sich keine das gewährleistete Recht selbst beeinträchtigende Vorschrift. Sie ist keine Bedingung der *Zulassung* zum Gewerbebetrieb, sondern lediglich eine Bedingung der *Ausübung* desselben. Sofern die Tätigkeit, für welche Besitz von Fachkenntnissen vorgeschrieben ist, eine private und auf Erwerb gerichtete ist, muss jedermann zu ihrer Ausübung zugelassen sein, sofern nicht die Bundesverfassung dem betreffenden Gewerbe eine Ausnahmestellung anweist oder eine solche statthaft macht.

Die Bundesverfassung garantiert aber tatsächlich das System der freien Konkurrenz und verbietet alle Verfügungen, welche diesem System zuwiderlaufen. Sie bezweckt gerade die Beseitigung aller die freie Konkurrenz einengenden staatlichen Vorschriften. Zu letzteren gehört aber vor allen die Forderung von Fachkenntnissen; sie sind ohne Zweifel eine ganz erhebliche Beschränkung der freien Konkurrenz, und die Physiokraten richteten ihre Angriffe namentlich gegen dieses Erfordernis, weil dieses in der Hand der Privilegirten ein wirksames Mittel zur Verhinderung der Konkurrenz bildete.

Die Bundesverfassung geht von der prinzipiellen Ansicht aus, die gesetzliche Forderung von Fachkenntnissen bezwecke immer Beschränkung der freien Konkurrenz. Nach der gewerbefreiheitlichen Lehre liegen nur die freie Konkurrenz nicht beeinträchtigende Verfügungen im öffentlichen Interesse; die freie Konkurrenz ist das öffentliche Interesse. Die Bundesverfassung, welche sich mit Art. 31 strenge auf den Boden der Gewerbefreiheit stellt, verwirft die Forderung von Fachkenntnissen, weil solche dem Prinzip der freien Konkurrenz, d. h. dem öffentlichen Interesse, widersprechen,

und zwar nimmt sie keine Rücksicht auf die besondere Art des Gewerbes. Wenn also zur Ausübung irgend eines Gewerbes, z. B. des Kaminfegergewerbes, der Besitz von Fachkenntnissen tatsächlich im öffentlichen Interesse liegen würde, und das kantonale Gesetz die Ausübung vom Bestehen einer Prüfung abhängig machen wollte, so würde dieses Gesetz der Absicht der Bundesverfassung entgegen sein, welche, in doktrinäer Weise und ohne Berücksichtigung der konkreten Verhältnisse, das staatliche Erfordernis des Besitzes von Fachkenntnissen als unzulässig erklärt.

Ihren doktrinäen Standpunkt verlässt aber die Bundesverfassung bezüglich der *wissenschaftlichen Berufsarten*. In Art. 33 gestattet sie ausdrücklich den Kantonen, die Ausübung einer wissenschaftlichen Berufsart von einem Ausweise der Befähigung abhängig zu machen. Diese Bestimmung hat zu der Annahme geführt, den wissenschaftlichen Berufsarten komme gegenüber den anderen Erwerbszweigen eine Sonderstellung zu. Man behauptete, wissenschaftliche Berufsarten würden allgemein als nicht unter den Begriff des Gewerbes fallend angesehen, ohne freilich den Beweis für die Richtigkeit dieser Behauptung zu versuchen.

In dieser Beziehung existirt aber keine Sonderstellung der wissenschaftlichen Berufsarten. Rechtlich fällt für die Beurteilung, ob eine Tätigkeit eine gewerbliche sei, eben allein in Betracht, ob sie auf Erwerb gerichtet sei. Die Ausübung wissenschaftlicher Berufsarten bezweckt aber in der Regel Erwerb; sie ist eine gewerbliche Tätigkeit. Keine Bestimmung der Bundesverfassung weist darauf hin, dass auf die gewerbliche Tätigkeit wissenschaftlich gebildeter Personen das in Art. 31 garantierte Recht nicht angewendet werden solle. Das Recht des Individuums auf Zulassung zur Ausübung wissenschaftlicher Berufsarten bleibt gewahrt. Das ergibt sich schon aus Art. 33, Abs. 2 der Bundesverfassung, bezw. Art. 5 der Übergangsbestimmungen. Sowohl das Bundes-

gesetz betreffend die Freizügigkeit des schweizerischen Medizinalpersonals, wie die bundesrätliche Rekurspraxis anerkennen, dass der Grundsatz des Art. 31 auf die wissenschaftlichen Berufsarten Anwendung finden müsse; in der Rechtsprechung macht sich allerdings eine gewisse Verwirrung bemerkbar, welche namentlich bezüglich der advokatorischen Tätigkeit zu unrichtigen Resultaten geführt hat.

Dagegen besteht eine Sonderstellung der wissenschaftlichen Berufsarten bezüglich ihrer *Ausübung*. Diese unterliegt aussergewöhnlichen Beschränkungen, welche für die übrigen Erwerbszweige unzulässig sind. Der Befähigungsausweis ist eine Bedingung der Berufsausübung, nicht der Zulassung zum Beruf; zugelassen zu letzterem ist Jedermann; denn an der Erfüllung der Bedingungen darf von Seiten des Staates niemand gehindert werden; sie ist Privatsache ¹⁾.

Die Beschränkung der Ausübung durch das Erfordernis der Fachkenntnisse gestattet also die Bundesverfassung einzig bezüglich der wissenschaftlichen Berufsarten.

Das zürcherische Gesetz betreffend die Börsenagenten und Effektensensale vom 2. Dezember 1883 schreibt in § 5 vor, dass die Bewilligung zur Betreibung der betreffenden Geschäfte nur zu erteilen sei, wenn die Bewerber mit den erforderlichen kaufmännischen Kenntnissen ausgerüstet seien. Gegen diese und andere Bestimmungen des Gesetzes war beim Bundesrat Rekurs eingelegt worden. Was das Erfordernis kaufmännischer Kenntnisse anlangt, entschied der Bundesrat, die etwas allgemein gehaltene Angabe desselben bedeute keinen Eingriff in die Handels- und Gewerbe-freiheit ²⁾.

Die Vorschrift des zürcherischen Gesetzes ist vielleicht ganz zweckmässig. Die Bundesverfassung nimmt aber keine

¹⁾ Über die wissenschaftl. Berufsarten s. weiter unten.

²⁾ Salis, Nr. 596.

Rücksicht auf die Zweckmässigkeitfrage, sondern verwirft das Erfordernis von Fachkenntnissen überhaupt, abgesehen von der ausdrücklichen Ausnahme des Art. 33. Gestattet man, dass die Ausübung dieses oder jenes Gewerbes vom Besitz von Fachkenntnissen abhängig gemacht werde, so geht alle Sicherheit verloren. Eine Grenze für die Zulässigkeit dieser Bedingung lässt sich nicht bestimmen. Dagegen kann, weil das in Frage stehende Erfordernis hie und da tatsächlich im öffentlichen Interesse liegt, eine gewerbefreiheitfeindliche Strömung, indem sie als zweckmässig erachtet, dass Fachkenntnisse als Bedingung der Gewerbeausübung gefordert werden, auch wo die Öffentlichkeit kein Interesse an ihrem Vorhandensein hat, bei laxer Interpretation der Bundesverfassung Beschränkungen des Erwerbes veranlassen, deren Beseitigung gerade der Zweck des Art. 31 gewesen ist.

b) Mit dem Grundsatz der Gewerbefreiheit hält man auch die *Nötigung zum Beitritt in berufliche Vereinigungen nicht* vereinbar, weil dadurch die individuelle Gestaltung des Gewerbebetriebes und damit die freie Konkurrenz allzusehr eingeschränkt werde. Das Recht der Staatsangehörigen, zur Verfolgung gemeinsamer Interessen Vereinigungen zu bilden und demgemäss auch das Recht der Gewerbetreibenden, behufs Förderung gewerblicher Zwecke zu Vereinen sich zu verbinden, ist freilich anerkannt, und andererseits der Zwang zum Beitritt zu solchen Vereinen allgemein verworfen¹⁾. Das soeben citirte zürcherische Gesetz verfährt gerade umgekehrt; es verfügt den zwangsweisen Beitritt zu der Vereinigung und verbietet freiwillige Vereinigungen. Nach § 8 des Gesetzes bilden sämtliche Börsenagenten und Effektensensale eines und desselben Verkehrsplatzes eine Vereinigung, die zur Aufstellung von Statuten, Reglementen und Usancen verpflichtet ist; Sonder-

¹⁾ Vgl. oben, S. 87.

vereinigungen sind untersagt (§ 17). Der Bundesrat wies den gegen diese Bestimmungen gerichteten Rekurs ab: «Die staatliche Vorschrift, dass sich Berufs- oder Gewerbetenossen in korporativer Weise zu organisieren haben, schliesst dann, wenn sie, wie im vorwürfigen Fall, in der Natur und den Verhältnissen des betreffenden Berufes oder Gewerbes begründet ist, keinen die Handels- und Gewerbefreiheit verletzenden Vereinszwang in sich¹⁾.» Ohne Zweifel lässt sich mit dieser Begründung die korporative Organisation eines jeden Gewerbes rechtfertigen. Durch Errichtung von Zwangsvereinigungen, die zur Aufstellung von Statuten befugt sind, welchen die Mitglieder nachzukommen haben, wird die Gestaltung der privaten Erwerbstätigkeit wohl in einer Weise beeinflusst, welche man bei Ausdehnung auf andere Gewerbe für unzulässig halten würde.

c) *Herstellung und Absatz* der Produkte ist Sache der betreffenden Gewerbetreibenden. Der Grundsatz der freien Konkurrenz ist auch hier nicht immer im ganzen Umfange gewahrt worden. Wohl die richtige Ansicht vertrat der Bundesrat in einer Reihe von Entscheidungen aus den Jahren 1875—1882, wonach kantonale Vorschriften des Inhalts, es müsse das zum Verkauf gelangende Brod ein gesetzlich festgelegtes Gewicht haben, dem Grundsatz des Art. 31 widerstreiten. Der Bundesrat führte in dem letzten der gegen jene Vorschriften gerichteten und von ihm gutgeheissenen Rekurse, seinen Entscheid motivierend, aus, dass jene Bestimmungen das Verbot in sich schliessen, Waren in beliebigen Quantitäten zu verkaufen und dadurch die Freiheit des «Handels» in gleicher Weise beeinträchtigen, wie dies durch Aufstellung eines Maximalpreises geschehen würde. Ohne Angabe von Gründen hat die

¹⁾ Salis, Nr. 596, vgl. Nr. 538 Ziff. 3.

Bundesversammlung im Jahre 1883 das bundesrätliche Erkenntnis aufgehoben und somit die Zulässigkeit der rekurrirten Gesetze und Verordnungen anerkannt¹⁾. — Eine Beschwerde gegen die Verordnung des kleinen Rates von Graubünden betreffend den Verkauf von Butter und Speisefetten und von Honig wurde vom Bundesrat abgewiesen. Als Honig darf nach dieser Verordnung nur das reine, von den Bienen bereitete Naturprodukt verkauft werden; die bisher unter dem Namen wie Tafelhonig, Schweizerhonig u. s. w. in den Handel gehenden Surrogate dürfen nicht unter Bezeichnungen verkauft werden, in denen das Wort «Honig» vorkommt. Bei seiner Entscheidung liess sich der Bundesrat davon leiten, dass ein Verbot, das betreffende Fabrikat in den Handel zu bringen, nicht beabsichtigt und nicht erlassen sei. «Es will durch die angefochtenen Bestimmungen verhindert werden, dass einem Fabrikat ganz oder teilweise ein Name beigelegt werde, der einem Naturprodukt zukommt, das in jenem Fabrikate nur zum Teil, in grösserer oder geringerer Quantität, oder, was auch vorkommt, überhaupt nicht vorhanden ist. Das bezügliche Verbot hat daher den Zweck, das Publikum vor Irrtum über die eigentliche Natur der Ware zu schützen»²⁾. — Neben dieser durchaus korrekten Entscheidung erscheint die Entscheidung, welche eine Verordnung des Regierungsrates von Zürich betrifft, als verfehlt. Laut dieser Verordnung dürfen im Kanton Zürich nur zwei Sorten Kuhmilch in den Verkehr gebracht werden, ganze Milch und sog. Marktmilch³⁾. Das Prinzip der freien Konkurrenz wird dadurch beeinträchtigt, dass die Verordnung die Freiheit, gewisse Produkte abzusetzen, aufhebt. Zulässig ist hingegen eine Bestimmung, nach welcher die

¹⁾ Salis Nr. 598.

²⁾ Salis. Nr. 571, vgl. B.-Bl. 1892 IV 450.

³⁾ Salis, Nr. 570.

zu verhandelnden Getränke mit dem ihrer Zusammensetzung entsprechenden Namen zu versehen sind.

d) Von der *Obrigkeit festgestellte oder genehmigte Preise* für gewerbliche Erzeugnisse oder Dienstleistungen sind beseitigt ¹⁾.

In folgerichtiger Anwendung des Art. 31 hat der Bundesrat entschieden, die amtliche Taxirung von Mehl und Brod sei nicht mehr haltbar, ebensowenig die Bestimmung, es dürften während einer Woche, von Samstag zu Samstag, keine Preisveränderungen vorgenommen werden. «Man ist in Wissenschaft und Praxis allgemein längst davon abgekommen, zu glauben, es lasse sich durch amtliche Taxirung ein niedrigerer Preis dieser Lebensmittel und damit ein nationalökonomischer Vorteil erzwecken; man hat eingesehen, dass auch die freie Konkurrenz der beste Regulator ist» ²⁾. — Die betreffend das Bäckergewerbe befolgte Praxis hat jedoch bei anderen Gewerben keine Anwendung gefunden. So bestehen nach einem Erkenntnis des Bundesrates die Fahrtaxen für den Betrieb des Kutschergewerbes in Gegenden, die während der Sommersaison von Touristen besucht werden, zu Recht, soweit sie den Höchstbetrag der Forderung bezeichnen; als Minimaltaxen sind sie jedoch nicht aufrecht erhalten, weil es nach Ansicht der Rekursbehörde unstatthaft ist, in der Weise in die Freiheit der Ausübung des Gewerbes einzugreifen ³⁾. Mit der freien Konkurrenz lässt sich die Aufstellung weder von Maximal- noch von Minimalpreisen vereinbaren; die freie Konkurrenz muss auch hier als «der

¹⁾ Seydel, S. 600.

²⁾ Salis, Nr. 597, 599.

³⁾ Salis Nr. 603. Die Kantonsregierungen hätten zu Gunsten ihrer Verordnungen anführen können, dass die Ausübung des Kutschergewerbes auf öffentlichem Grund und Boden stattfinde u. s. w.

beste Regulator der Preise » gelten. — Der Bundesrat hat ferner eine Verordnung des Regierungsrates von Baselstadt für zulässig erklärt, welche als Stellenvermittlungsgebühr für Dienstboten den Betrag des ersten Wochenlohnes festsetzt ¹⁾.

Eine streitige Frage ist, ob Beschränkung des Rechtes auf Zulassung zum Gewerbebetrieb durch Vertrag einem Dritten gegenüber zulässig sei. Das in Art. 31 garantierte Recht ist aber ein öffentlichrechtliches; die Bundesverfassung anerkennt es als ein individuelles, der einzelnen Persönlichkeit anhaftendes. Ein Verzicht auf das Recht oder eine Beschränkung desselben durch Vertrag ist daher wie der Entzug durch Richterspruch oder Verwaltungsakt unstatthaft. Dagegen darf man als zulässig betrachten, dass Jemand durch Vertrag privatrechtlichen ²⁾ Subjekten gegenüber die *Ausübung* seines Rechtes beschränkt. Ein völliger Verzicht auf die Ausübung überhaupt ist aber nicht erlaubt; dadurch würde der betreffende Kontrahent seines verfassungsmässigen Rechtes vollständig beraubt. Das Reichsoberhandelsgericht hat einen Vertrag, welcher das «vollständige Aufgeben der wirtschaftlichen Selbständigkeit» stipuliert, als rechtlich unverbindlich erklärt, weil er contra bonos mores verstosse. ³⁾ Verbindlichkeit kommt also bloss denjenigen Verträgen zu, welche die Ausübung des Rechtes «nach einer gewissen Richtung hin», etwa auf bestimmte Zeit oder an einem bestimmten Ort, untersagen. Wenn sich daher Jemand bei Konventionalstrafe verpflichtet, zu keiner Zeit in ein bestimmt bezeichnetes Konkurrenzgeschäft des

¹⁾ B.-Bl. 1891 IV 310.

²⁾ Verzicht auf das Recht oder dessen Ausübung gegenüber der Staatsgewalt ist selbstverständlich rechtlich unverbindlich; vgl. Salis, Nr. 455.

³⁾ Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichtes, Bd. XVIII, S. 102; vgl. Entscheidungen des Reichsgerichtes Bd. I, S. 22, Bd. II, S. 119. Anderer Ansicht Seydel, S. 589.

Vertragsgegners einzutreten und die Gerichte diesen Vertrag anerkennen, so findet dadurch keine Verletzung des Art. 31 statt¹⁾.

IV. Die Stellung der Gewerbepolizei nach der Bundesverfassung.

Die polizeilichen Einschränkungen sind teils allgemeiner Natur, indem sie nicht die Gewerbstätigkeit besonders, sondern die Privattätigkeit überhaupt betreffen (so die Bau-, Feuer-, Wasser-, Gesundheits-, Sittenpolizei), teils beziehen sie sich auf den Gewerbebetrieb allein. Diejenigen *öffentlichrechtlichen*²⁾ Beschränkungen, welche den *Betrieb eines Gewerbes zur Voraussetzung* haben, bilden das *Gewerbepolizeirecht*^{3) 4)}.

Weil die gewerbepolizeilichen Bestimmungen einerseits tatsächlich eine gewisse Beschränkung der absoluten Freiheit der Konkurrenz mit sich bringen, andererseits diese Beschränkung nicht ihr eigentlicher Zweck sein darf, so sind sie nur unter zwei Bedingungen zulässig; sie müssen nämlich vom öffentlichen Interesse gefordert sein, und sie müssen für alle Gewerbetenossen gleich sein durch das Gesetz.

¹⁾ Salis, Nr. 536a; vgl. schweiz. Obligationenrecht Art. 427, 536, 558, 594.

²⁾ Durch öffentlichrechtliche, nicht durch privatrechtliche Bestimmungen werden die verfassungsmässig gewährleisteten Rechte oder ihre Ausübung eingeschränkt, vgl. Salis, Nr. 534, 535.

³⁾ Seydel, S. 574.

⁴⁾ Im gewöhnlichen Sprachgebrauch bezeichnet man mit dem Ausdruck Gewerbepolizei einzig die auf Regelung der Gewerbe i. e. S., also der Gewerke und des Handelsgewerbes, bezüglichen Bestimmungen. Im weiteren Sinne qualifizieren sich als gewerbepolizeiliche alle die Tätigkeit in irgend einem Erwerbszweige betreffenden Vorschriften, also auch Forst-, Jagd-, Fischereigesetze, Gesetze über die Ausübung wissenschaftlicher Berufsarten u. s. w.

1. Die *Ausübung des Rechtes* darf nur im *öffentlichen Interesse*, d. h. im Interesse der Gesellschaft eingeschränkt werden. Die Motive für die Tätigkeit des Staates mit Rücksicht auf den Gewerbebetrieb können sehr verschiedener Art sein. Der Staat greift ein wegen der ihm obliegenden Fürsorge für die Sicherheit des Einzelnen und der Gesamtheit, für die Wohlfahrt einzelner Klassen oder Gruppen der Bevölkerung u. s. w.

Bestimmungen, welche nicht aus Gründen des öffentlichen Wohles notwendig sind, sind unzulässig, weil jede Vorschrift über den Gewerbebetrieb diesen in irgend einer Weise beschränkt; unnötige Beschränkungen sollen deshalb vermieden werden; nicht bloss *zweckwidrige*¹⁾, sondern auch *unzweckmässige* Bestimmungen sind unstatthaft²⁾.

2. Die polizeilichen Beschränkungen sollen *für alle gleich sein durch das Gesetz*. Notwendig ist die Beschränkung durch Gesetz, damit das Individuum vor Willkür von Seiten der Staatsgewalt und ihrer Organe wirksamen Schutz finde.

Die Beschränkungen sollen für alle gleich sein, weil durch ihre Gleichheit die Freiheit der Konkurrenz unter denjenigen, welche von ihnen betroffen worden sind, gewissermassen wiederhergestellt wird, während Ungleichheit der gesetzlichen Erwerbsbedingungen wirtschaftliche Begünstigung einzelner zum Schaden anderer bedeutet. An

¹⁾ Vgl. oben S. 106 u. 107.

²⁾ Nach konstanter Praxis prüfen die B.-Behörden bloss, ob die angefochtene Verfügung eine direkte oder indirekte Verletzung des gewährleisteten Rechtes enthalte. Deshalb ist die Rekursbehörde wohl kompetent zur Prüfung, ob die gewerbepolizeiliche Vorschrift zweckwidrig sei oder nicht, nicht aber, ob sie unzweckmässig sei; denn in letzterem Fall liegt keine Verletzung des Art. 31 vor. Die Kantone mögen den Gewerbebetrieb in der ihnen gutscheinenden Art und Weise regeln. Auf keinen Fall jedoch sind die B.-Behörden befugt, auf dem Wege der Rekursentscheidung polizeiliche Vorschriften über den Gewerbebetrieb aufzustellen, s. Salis, Nr. 555 (Rekurs betreffend Errichtung eines Etablissements zur Fabrikation von Dynamit im Lago maggiore).

diesem Erfordernis der Gleichheit muss unbedingt festgehalten werden; denn sofern der Gewerbebetrieb nicht jedem Individuum unter gleichen Bedingungen gestattet ist, kann von freier Konkurrenz und individuellem Recht nicht gesprochen werden.

Der Satz, dass die polizeilichen Beschränkungen für alle gleich sein müssen, hat auch seitens der Bundesbehörden Anerkennung gefunden. Der Bundesrat stellte anlässlich der Entscheidungen der Freiburger Wirtschaftsrekurse fest dass die Gleichbehandlung der Bürger ein wesentliches Element der Handels- und Gewerbefreiheit bilde¹⁾. Über diesen Gedanken sprach sich der Bundesrat bei der Entscheidung einer Beschwerde im Jahre 1893 näher aus, wie folgt: «Forscht man nach dem Rechtsgrund, aus welchem in Hinsicht auf das Wirtschaftsgewerbe die Gleichbehandlung der Bürger als ein Element der Handels- und Gewerbefreiheit erkannt wurde, so liegt derselbe offenbar in dem Gedanken, dass diese Freiheit ohne die Konkurrenzfähigkeit ein leeres Wort, ein toter Buchstabe sei, dass, aber nur bei gleicher Rechtsstellung eine wirtschaftliche Konkurrenzfähigkeit der Bürger bestehen könne. Wenn zwei das gleiche Gewerbe treibende Bürger ungleichen gesetzlichen Vorschriften in Bezug auf die Zeit und die Örtlichkeit oder die Mittel oder andere Bedingungen des Betriebes unterworfen werden, so wird deren Konkurrenzfähigkeit dadurch mehr oder weniger beeinflusst werden, und es kann die ungleiche Behandlung so weit gehen, dass die Konkurrenzfähigkeit des einen zum Vorteil des anderen aufgehoben wird. Diese Wirkung ungleicher Behandlung zweier Konkurrenten tritt natürlich in greifbarster Weise in die Erscheinung, wenn dem einen der Betrieb eines Gewerbes geradezu verboten wird, das der andere unter

¹⁾ Vgl. Salis, Nr. 677.

gleichen tatsächlichen Voraussetzungen und Verumständen ausübt. Allein es kann, wie gesagt, die ungleiche Rechtsstellung der Bürger zu demselben Resultate führen.

Es ist nicht einzusehen, warum diese Sätze wohl auf das Wirtschaftsgewerbe, nicht aber auf andere Gewerbe anwendbar sein sollten. Sie enthalten in der Tat eine allgemeine, auf jegliches Gewerbe anwendbare Wahrheit ¹⁾ ²⁾ ».

Seiner soeben entwickelten Ansicht entsprechend hat der Bundesrat schon im Jahre 1889 auf Beschwerde der Walliser Regierung die Polizeiverordnung des Kantons Uri vom 20. Juli 1886 betreffend die Aufstellung der Wagen im Kanton nicht niedergelassener Kutscher auf dem Stationsplatz Göschenen aufgehoben. Nach dieser Verordnung hatten die Walliser Kutscher auf dem Stationsplatze Göschenen in allen Fällen mit ihren Fuhrwerken in letzter Reihe hinter den Wagen der Urner Kutscher sich aufzustellen. Der Bundesrat bemerkte aber mit Recht, dass diese Vorschrift den Wallisern die Konkurrenz mit den Urnern erheblich erschwere, ohne in polizeilichen Rücksichten ihre Rechtfertigung zu finden. Polizeiliche Motive erforderten viel eher die Aufstellung der Wagen nach Massgabe der Zeit ihrer Ankunft auf dem Platze ³⁾.

Die Kompetenz zur Gesetzgebung über die Gewerbe-polizei. Aus allgemeinen bundesstaatsrechtlichen Grund-

¹⁾ B.-Bl. 1893 III 739. Diese Sätze sind allerdings auf die sämtlichen anderen Gewerbe anwendbar, aber gerade auf das Wirtschaftsgewerbe nicht, sofern nämlich die Kantone von der ihnen durch Art. 31 litt. c verliehenen Kompetenz Gebrauch gemacht haben. Vgl. ferner B.-Bl. 1895 II 927 ff., ferner Salis Nr. 545 a. E.

²⁾ Prüfung der Gesetzesanwendung durch die B.-Rekursbehörde, wenn überhaupt das Gesetz dem Erfordernis der Gleichheit entspricht, wird nicht notwendig, vielmehr soll auch hier nach der konstanten Praxis nicht wegen falscher Anwendung des tauglichen Gesetzes eingeschritten werden, sondern allein dann, wenn die Anwendung des Gesetzes eine offenbare Verletzung des garantirten Rechtes in sich schliesst.

³⁾ Salis, Nr. 606; vgl. B.-Bl. 1895 II 145 ff.

sätzen ergibt sich die Kompetenz der Kantone zur Gesetzgebung auf dem Gebiete der Gewerbepolizei, sofern nicht durch die Bundesverfassung der Bund ausdrücklich zuständig erklärt worden ist.

Der Bund hat die Kompetenz zur Gesetzgebung über eine Reihe besonders wichtiger Erwerbszweige ausdrücklich an sich gezogen. Bundessache ist die Gesetzgebung

1. über den Bau und Betrieb der Eisenbahnen, Bundesverfassung Art. 26;

2. über die Fabrikpolizei, soweit sie die Verwendung von Kindern in den Fabriken und die Dauer der Arbeit erwachsener Personen, sowie den Schutz der Arbeiter gegen einen die Gesundheit und Sicherheit gefährdenden Gewerbebetrieb anlangt, Bundesverfassung Art. 34, Absatz 1, Bundesgesetz betr. Arbeit in den Fabriken vom 23. März 1877¹⁾.

Nach Art. 34, Abs. 2, sind der Aufsicht und Gesetzgebung des Bundes überwiesen:

3. der Geschäftsbetrieb von Auswanderungsagenturen, Bundesgesetz vom 22. März 1888²⁾,

4. der Geschäftsbetrieb von Privatunternehmungen auf dem Gebiete des Versicherungswesens, Bundesgesetz vom 25. Juni 1885³⁾.

5. Art. 39 (Bundesverfassung von 1874) erklärt den Bund für befugt, im Wege der Gesetzgebung allgemeine Vorschriften über die Ausgabe und die Einlösung von Banknoten zu erlassen, Bundesgesetz vom 8. März 1881⁴⁾.

Der Bund greift auch in diejenigen Erwerbstätigkeiten ordnend ein, welche Gewinnung von Naturerzeugnissen bezwecken.

¹⁾ Wolf I 288, vgl. Salis, Nr. 1463.

²⁾ Wolf I 355.

³⁾ Wolf I 364.

⁴⁾ Wolf I 322.

6. Der Bund hat das Recht der Oberaufsicht über die Forstpolizei im Hochgebirge, Bundesverfassung Art. 24, Bundesgesetz vom 24. März 1876¹⁾.

7. Er ist befugt, gesetzliche Bestimmungen über die Ausübung der Fischerei und Jagd, namentlich zur Erhaltung des Hochwildes, sowie zum Schutze der für die Land- und Forstwirtschaft nützlichen Vögel zu treffen, Bundesverfassung Art. 25, Bundesgesetz über Jagd und Vogelschutz vom 17. Herbstmonat 1875²⁾, Bundesgesetz betreffend die Fischerei vom 21. Dezember 1888³⁾.

8. Nach Art. 69 der Bundesverfassung steht dem Bunde die Gesetzgebung über die gegen gemeingefährliche Viehseuchen zu treffenden gesundheitspolizeilichen Verfügungen zu, vgl. unten S. 142.

Im Widerspruch zu einer strengen Interpretation der Bundesverfassung hat sich der Bund für zuständig erachtet, gewerbepolizeiliche Gesetze in Ausführung von Art. 31, litt. e zu erlassen⁴⁾. Diese Inanspruchnahme der Bundeskompetenz suchte man folgendermassen zu rechtfertigen. Ausdrücklich sei die Zuständigkeit dem Bunde nicht untersagt; Art. 29 litt. b der Bundesverfassung von 1848, sowie der bundesrätliche Entwurf des Bundesgesetzes betr. Revision der Bundesverfassung vom 17. Juni 1870, Art. 29 litt. c⁵⁾ sprächen von Verfügungen der Kantone; die Worte «der Kantone» seien jedoch gestrichen worden, woraus die Zuständigkeit des Bundes hervorgehe⁶⁾. Diese juristische Motivierung ist, wie nicht anders möglich, ziemlich schwach, und dies scheint die Bundesversammlung gefühlt zu haben, wie man aus den Eingängen zu den hier

¹⁾ Wolf I 774.

²⁾ Wolf I 782.

³⁾ Wolf I 794.

⁴⁾ Vgl. Salis, Nr. 13.

⁵⁾ B.-Bl. 1870 II 705.

⁶⁾ Salis, Nr. 11.

einschlägigen Bundesgesetzen entnehmen kann. Mit Berufung auf die Art. 31, litt. e, und 64 der Bundesverfassung sind die Bundesgesetze betr. Kontrollirung und Garantie des Feingehalts von Gold- und Silberwaren¹⁾, sowie betr. den Handel mit Gold- und Silberabfällen²⁾ vom 23. Christmonat 1880 und vom 17. Juni 1886 und mit Hinblick auf Art. 31 und mit Rücksicht auf das Fabrikgesetz das Bundesgesetz betr. Fabrikation und Verkauf von Zündhölzchen vom 22. Juni 1882³⁾ ergangen. — Hieher mag man auch rechnen Art. 10 des Bundesbeschlusses betr. die Förderung der Landwirtschaft durch den Bund vom 27. Juni 1884⁴⁾ und das Art. 10 ausführende Vollziehungsreglement betr. Vorkehrungen gegen die Reblaus vom 29. Januar 1886⁵⁾.

Im Prinzipie ist die Gewerbepolizei Sache der Kantone geblieben⁶⁾. Allgemeine Gewerbegesetze bestehen jedoch nur in wenigen Kantonen und ihre Bestimmungen sind vielfach veraltet⁷⁾. Der Art. 31 mit seiner unbestimmten Fassung gestattet den Kantonen, den Gewerbebetrieb sehr verschiedenartig zu regeln; die kantonalen Ausführungsgesetze vermögen die Erwerbsbedingungen auf mannigfache Weise zu beeinflussen und demgemäss fördernd oder hindernd auf die Gestaltung der Konkurrenz in den verschiedenen Landesteilen einzuwirken. Die Entwicklung drängt daher, wie schon die Ausdehnung der Bundeskompetenz beweist, zur Zentralisation der Gesetzgebung über die Gewerbepolizei. Durch den Bundesbeschluss vom

¹⁾ Wolf I 302 Anm.

²⁾ Wolf I 317 Anm.

³⁾ Wolf I 298 Anm.

⁴⁾ Wolf I 725.

⁵⁾ Wolf I 737, vgl. Salis, Nr. 6 u. 7.

⁶⁾ S. Salis, Nr. 13.

⁷⁾ Schönberg, 2. Bd., S. 619.

20. Dezember 1893 hatte die Bundesversammlung dem Volke und den Kantonen behufs Partialrevision der Bundesverfassung einen Entwurf vorgelegt, welcher den Bund zur Aufstellung einheitlicher Vorschriften auf dem Gebiete des Gewerbewesens kompetent erklären wollte¹⁾. In der Abstimmung vom 4. März 1894 haben Volk und Kantone diese Erweiterung der Bundeszuständigkeit verworfen²⁾.

Besteuerung des Gewerbebetriebes. Art. 31 litt. e gestattet Besteuerung des Gewerbes. Durch die Besteuerung soll der Grundsatz der Handels- und Gewerbefreiheit nicht beeinträchtigt werden. Der «Vorbehalt» der Gewerbebesteuerung gibt den Kantonen also nicht das Recht, die Zulassung zu irgend einem Gewerbe durch Monopolisierung desselben auszuschliessen³⁾.

Wie durch die gewerbepolizeilichen Bestimmungen, so erleidet der Gewerbebetrieb auch durch die Besteuerung faktisch eine Beschränkung der freien Konkurrenz. Die Steuer darf deshalb

a) *nicht zum Zwecke dieser Beschränkung* auferlegt werden⁴⁾.

Eine Umgehung dieser aus Art. 31 litt. e resultierenden Folgerung versuchten und versuchen die Kantone aus pro-

¹⁾ Wenn der Bund die Kompetenz zum Erlass der Gewerbegesetzgebung an sich zieht, so muss diese das Prinzip des Art. 31 respektieren. Der Bund bekommt also nicht die Befugnis, seine Gesetzgebung frei nach Zweckmässigkeitsrücksichten zu gestalten. Solange das Prinzip des Art. 31 nicht beseitigt ist, kann der Bund die formelle Einheit nicht erringen. sie bleibt an die materielle geknüpft, s. oben S. 75, 76.

²⁾ Bereits im Jahr 1871 hatte die nationalrätliche Revisionskommission versucht, der Zentralisierung der Gewerbepolizei Eingang in die B.-V. zu verschaffen; vom Ständerat wurde jedoch die Vereinheitlichung abgelehnt, Blumer-Morel, 1891, I 171, 173; Bulletin der Verhandlungen der B.-Versammlung über die Revision der B.-V., 1871, S. 152 ff. (Nat.-Rat), 1872, S. 107 ff. (Ständerat). Der Einwand gegen die Zentralisation, welchen Dubs in Bd. II, S. 136 macht, ist wohl kaum stichhaltig, vgl. Reichsverfassung Art. 4, Reichsgewerbeordnung vom 21. Juni 1869.

³⁾ S. Salis, Nr. 583; anders die R.-Gewerbeordnung § 5, vgl. Seydel, S. 590.

⁴⁾ Salis, Nr. 577, 605.

tektionistischen Gründen, nämlich zu Gunsten der ansässigen Gewerbsleute, mit Bezug auf die verschiedenen Arten des ambulanten Gewerbebetriebes zu bewerkstelligen. Alle diese Bestrebungen sind vom Standpunkt des Art. 31 zu verwerfen. Die Entscheidungen der Bundesbehörden sind jedenfalls nicht im Stande gewesen, bezüglich des Hausierhandels den Grundsatz der freien Konkurrenz durchzuführen¹⁾.

b) Die Gewerbesteuer *muss jedem Berufsgenossen auferlegt* werden. Die Besteuerung muss für alle Berufsgenossen die gleiche sein, damit nicht durch wirtschaftliche Begünstigung einzelner Vorrechte geschaffen werden²⁾. Der Bundesrat erklärte daher die Bestimmung des Polizeireglementes des Kantons Genf betreffend die Hausierer und Ausverkäufer, wonach Personen, die seit mehr als einem Jahre im Kanton Genf niedergelassen waren, nur die Hälfte der Gebühren zu zahlen hatten, als unvereinbar mit Art 31³⁾. « Allgemeine, direkte Steuern, welche, sei es auf Vermögen, sei es auf Einkommen und Erwerb der Staatsbürger, ohne Unterschied und ohne Rücksicht auf das von den Einzelnen betriebene besondere Gewerbe gelegt werden, sind keine Besteuerung des Gewerbebetriebes, können also nicht auf Grund des Art. 31 angefochten werden, selbst wenn tatsächlich infolge der Höhe dieser Steuern das eine oder andere Gewerbe die Konkurrenz mit anderen gleichartigen ausserkantonalen oder ausländischen Gewerben nicht auszuhalten vermöchte »⁴⁾. Mit Recht hat der Bundesrat ferner einen Rekurs abgewiesen, der gegen Art. 8 litt. b des Gesetzes über das Steuerwesen des Kantons St. Gallen gerichtet war. Nach diesem Gesetz sind alle im Kanton be-

1) Vgl. die kantonalen Tarife bei Schollenberger, S. 77 u. 78.

2) Salis, Nr. 579.

3) Salis, Nr. 529, vgl. Nr. 1554, Nr. 619.

4) Salis, Nr. 582.

findlichen Gebäude und Liegenschaften auswärtiger Eigentümer nach dem wahren Werte ohne Abzug der Hypothekarschulden zu versteuern, während den im Kanton wohnenden Eigentümern der Schuldenabzug gestattet wird. Es ist klar, dass hier keine Gewerbesteuer vorliegt. Durch die citirte Gesetzesbestimmung wird überhaupt weder der Verkauf von Grundstücken verunmöglicht noch Beschränkung der freien Konkurrenz beabsichtigt, sofern man überhaupt von Konkurrenz sprechen will¹⁾.

Zu unterscheiden von den Gewerbesteuern sind die *Taxen* und *Gebühren*. Erstere haben einen *fiskalischen*, letztere einen *polizeilichen* Charakter. Die Gebühr bildet ihrem Begriffe nach die Gegenleistung für eine dem Staate dadurch verursachte Ausgabe, dass man seine Dienste in Anspruch genommen hat. Überschreitet die Gebühr den dem Staate verursachten direkten oder indirekten Aufwand, und ergibt sich ein Überschuss, so fällt dieser unter den Begriff der Steuer^{2) 3)}.

V. Die Vorbehalte.

I. Durch das *Monopol* wird mittelst öffentlichrechtlicher Satzung zu Gunsten eines zu gewisser Tätigkeit Bevorrechteten anderweitige gleichartige Tätigkeit ausgeschlossen oder doch in bestimmter Weise beschränkt.

¹⁾ Salis, Nr. 576.

²⁾ Salis, Nr. 581, 580.

³⁾ Wenn wirklich durch die Konkurrenz von Gebühr und Steuer eine tatsächliche Doppelbesteuerung entstehen würde, so ist eine hierauf sich stützende Beschwerde nach Ansicht des B.-R. beim B.-Gerichte anzubringen. Salis, Nr. 617. Vom Standpunkt des Art. 31 aus fällt bloss in Betracht, ob die Besteuerung den Gewerbebetrieb unterdrückt oder die freie Konkurrenz beeinträchtigt; sofern dies behauptet wird, ist zur Entscheidung des Rekurses der B.-R. unzweifelhaft kompetent.

Es ist zu unterscheiden zwischen Staats- und Privatmonopol, je nachdem ein Gemeinwesen oder eine Privatperson der öffentlichrechtlichen Beschränkungsbefugnis anderer zur Wahrung bestimmter ausschliesslicher Tätigkeiten sich erfreut¹⁾.

Die Bundesverfassung kennt sowohl Staats- wie Privatmonopole.

1. Ein Privatmonopol liegt vor, wenn der Staat allen Privatpersonen ausser der berechtigten eine bestimmte Erwerbstätigkeit ganz oder in bestimmtem Umfange untersagt.

Anerkannt sind von der Bundesverfassung die *modernen* Privatmonopole der Urheber und Erfinder, Bundesverfassung Art. 64, Abs. 4 und 5. Die gewerbliche Verwertung der geistigen Arbeit ist allen ausser dem Autor oder seinem Rechtsnachfolger untersagt²⁾.

Alle *alten* Privatmonopole sind durch Art. 31 aufgehoben. Zu diesen gehören

a) die *Ausschliessungsbefugnisse der Zünfte* und ähnlicher Korporationen; dieselben sind mit allen ihren Konsequenzen beseitigt;

b) die *ausschliesslichen Gewerbeberechtigungen*, d. h. solche Rechte, kraft deren der Berechtigte innerhalb eines gewissen Umkreises andern den Betrieb eines Gewerbes verwehren darf. Schon Art. 30 der Bundesverfassung von 1848 hatte dem Bunde die Kompetenz übertragen, Vorrechte in Bezug auf Transport von Personen und Waren jeder Art aufzuheben³⁾. Wohl das einzige noch übrig gebliebene Transportvorrecht wurde durch den Staatsvertrag zwischen der Schweiz und Baden vom 10. Mai 1879 aufgehoben. Die Neue Ordnung der Rheingenossenschaft, welche im An-

¹⁾ Wörterbuch des deutschen Verwaltungsrechts von Stengel, 1890, II 140.

²⁾ Laband, 2. Bd. S. 221 ff.

³⁾ S. oben S. 80.

schluss an den Staatsvertrag zwischen Aargau und Baden vom 2. und 17. September 1808 an Stelle des sog. Maienbriefes vom Jahre 1767 getreten war, hatte eine ausschliessliche Gewerbeberechtigung begründet, indem durch sie den Rheingenossen von Säckingen bis unterhalb Rheinfelden das ausschliessliche Recht zum Führen der Schiffe und Flösse zugesichert und jedem Dritten die Schifffahrt auf dem Rhein in dortiger Gegend untersagt war ¹⁾ ²⁾.

c) *Zwangs- oder Bannrechte*³⁾, d. h. Befugnisse, von den Einwohnern eines Bezirks zu verlangen, dass sie Bedürfnisse bestimmter Art nur durch den bannberechtigten Gewerbsmann befriedigen lassen, z. B. der Wein-, Mühl-, Backofenzwang.

2. *Staatsmonopol* im weitesten Sinne ist jeder gesetzliche Vorbehalt gewisser Tätigkeiten für den Staat mittelst Ausschliessung privaten Wettbewerbes.

¹⁾ Salis, Nr. 530.

²⁾ Eine Art ausschliesslicher Gewerbeberechtigung begründen auch zwei Beschlüsse des Staatsrates von Wallis vom 17. April 1889 und 8. Juni 1891, obwohl bei der Beschlussfassung wohl nicht die Absicht vorlag, eine ausschliessliche Gewerbeberechtigung ins Leben zu rufen. — Durch jene Beschlüsse wurden ausschliesslich die Apotheker berechtigt, ohne spezielle Ermächtigung des Departements des Innern, das zur Bekämpfung des falschen Mehltaus der Reben verwendete Vitriol und die Azurinlösung zu verkaufen. Der B.-R. erklärte in seinem Erkenntnis vom 23. Oktober 1891, die kantonale Vorschrift sei mit Art. 31 unvereinbar, in Erwägung, dass die Privattätigkeit in Bezug auf den Verkauf des Kupfervitriols und die Zubereitung und den Verkauf der Azurinlösung in keinem Kanton mit Weinbau treibender Bevölkerung beschränkt, bezw. untersagt sei; demgemäss sei die Handels- u. Gewerbefreiheit ohne Grund eingeschränkt worden. «Die angefochtene Vorschrift stellt sich zudem als die Verleihung eines unzulässigen Monopols an die Inhaber von Apotheken dar, denn sie verleiht einer Berufsart, der neben dem wissenschaftlichen auch ein gewerblicher Charakter eignet, in Bezug auf solche Handelsartikel ein Verkaufsvorrecht, für welche sich dasselbe nicht, wie für die Arzneimittel, durch gesundheitspolizeiliche Rücksichten rechtfertigen lässt», B.-Bl. 1892 II 554. — Ohne Zweifel bestehen in den Kantonen noch mehrfach ausschliessliche Gewerbeberechtigungen, z. B. Fischereiberechtigungen, s. privatrechtl. Gesetzbuch für den Kt. Zürich, Art. 227.

³⁾ S. S. 89, Anm. 1.

Die *Verwaltungsmonopole* fallen hier nicht in Betracht; denn die in der Rechtspflege und Verwaltung ausgeübte Tätigkeit bezweckt nicht Erwerb ¹⁾. Dagegen widersprechen sowohl die *volkswirtschaftlichen* wie die *Finanzmonopole* dem Prinzipie der Gewerbefreiheit; denn durch Monopolisierung eines Erwerbszweiges wird das jedem Individuum zustehende Recht auf Zulassung zu jeder erlaubten Erwerbstätigkeit bezüglich jenes Erwerbszweiges aufgehoben und das Recht seiner Ausbeutung dem Staate übertragen. «Quelle des Rechts auf Gewerbebetrieb» ist der Staat und dieser erteilt sich die alleinige Befugnis, sein Recht auch *auszuüben*. Der Staat wird also tätig auf einem Gebiete, das nach der Lehre von der Gewerbefreiheit den Privaten zugewiesen ist. Bezüglich der volkswirtschaftlichen Monopole machen sich jedoch noch andere Gesichtspunkte als derjenige des Erwerbes geltend.

Aus volkswirtschaftlichen und fiskalischen Gründen bestehen in der Schweiz wie in anderen Staaten verschiedene eidgenössische und kantonale Monopole. Da es die Bundesverfassung ist, welche Gewerbefreiheit im ganzen Umfange der Eidgenossenschaft gewährleistet, so muss sie notwendiger Weise auch diese einschneidendsten Vorbehalte aufzählen. Es unterliegt keinem Zweifel und ergibt sich schon aus der Natur des Bundesstaates, dass ohne die ausdrückliche Bestimmung der Bundesverfassung dem Bunde kein Monopol zusteht, und dass demzufolge die Einführung eidgenössischer Monopole nur auf dem Wege der Verfassungsrevision möglich ist. Dagegen beanspruchen die Kantone die Kompetenz, für ihr Gebiet neue Monopole zu kreieren. Ihren monopolistischen Bestrebungen gegenüber verhält sich die Praxis der Bundesbehörden schwankend.

Das einzige von der Bundesverfassung anerkannte *kantonle* Monopol ist das *Salzregal*, Bundesverfassung Art. 31, litt. a.

¹⁾ Wörterbuch von Stengel, II 140.

Dem *Bunde* ist aus verschiedenen Gründen eine Reihe von Monopolen zugeschieden worden, und ihre Zahl wächst stetig fort. Sie teilen sich in volkswirtschaftliche und in Finanzmonopole.

a) Aus *volkswirtschaftlichen* Gründen sind monopolisiert worden:

α. wegen *Gemeingefährlichkeit* des privaten Wettbewerbes

1. das Pulverregal, Art. 31 litt. a. Fabrikation und Verkauf des Schiesspulvers stehen ausschliesslich dem Bunde zu. Im Regal *nicht* inbegriffen sind als Schiesspulver nicht brauchbare Sprengfabrikate, Bundesverfassung von 1848 Art. 38, Bundesverfassung von 1874 Art. 41.

2. Das Münzregal. Dem Bunde steht die Ausübung aller im Münzregale begriffenen Rechte zu, Bundesverfassung von 1848, Art. 36, Bundesverfassung von 1874, Art. 38.

3. Das Banknotenmonopol. Der im Jahre 1891 revidierte Art. 39 lautet dermalen in seinem ersten Absatze: Das Recht zur Ausgabe von Banknoten und anderen gleichartigen Geldzeichen steht ausschliesslich dem Bunde zu. — Bis zum Erlass des ausführenden Bundesgesetzes bleibt das Bundesgesetz vom 8. März 1881 in Kraft.

β. Von den den Verkehr im Grossen vermittelnden Erwerbsgeschäften zur Erzielung der sachlich besten Leistung (*Verkehrsmonopole*) das Post- und seit 1851 das Telegraphenwesen, Bundesverfassung von 1848, Art. 33, Bundesverfassung von 1874, Art. 36, ferner seit 1878 das Telephonwesen nach Analogie des Telegraphenwesens, Bundesgesetz vom 27. Juni 1889^{1) 2)}.

b) Als *Finanzmonopol*³⁾ stellt sich dar das Alkoholmonopol, dessen Einführung die Revision vom Jahre 1885

¹⁾ S. Salis, Nr. 996, Wolf II 1139.

²⁾ Den unter *α* aufgezählten Monopolen würde sich eventuell das Zündhölzchenmonopol, den unter *β* aufgezählten das Eisenbahnmonopol anreihen.

³⁾ Dieser Kategorie würde ein künftiges Tabakmonopol angehören.

ermöglicht hat. Gemäss Art. 32^{bis} ist der Bund befugt, im Wege der Gesetzgebung Vorschriften über die Fabrikation und den Verkauf gebrannter Wasser zu erlassen. Bei dieser Gesetzgebung sollen diejenigen Erzeugnisse, die entweder ausgeführt werden oder eine den Genuss ausschliessende Zubereitung erfahren haben, keiner Besteuerung unterworfen werden. Das Brennen von Wein, Obst und deren Abfällen, von Enzianwurzeln, Wachholderbeeren und ähnlichen Stoffen fällt betreffend die Fabrikation und Besteuerung nicht unter die Bundesgesetzgebung. Das Bundesgesetz betreffend gebrannte Wasser vom 23. Dezember 1886 führte das Monopol ein, Art. 1 Abs. 1: Das Recht zur Herstellung und zur Einfuhr gebrannter Wasser aus Stoffen, deren Brennen der Bundesgesetzgebung unterstellt ist, steht ausschliesslich dem Bunde zu ¹⁾.

Nach strenger Interpretation des Art. 31 sind durch Annahme der Bundesverfassung von 1874 alle in der Bundesverfassung nicht ausdrücklich anerkannten kantonalen Monopole aufgehoben worden; demnach würde als kantonales Monopol allein das Salzregal zu Recht bestehen. Der tatsächliche Zustand entspricht aber dieser Folgerung nicht; doch wird der Umstand, dass die Bundesverfassung die Kantone nicht ausdrücklich kompetent erklärt hat, gewisse Regalien und Monopole beizubehalten, nicht so sehr der Absicht, diese Monopole zu beseitigen, als der mangelhaften Redaktion des Art. 31 zugeschoben. Es fallen hier das Bergwerks-, das Jagd-, das Fischereiregal in Betracht, namentlich aber das Monopol der kantonalen Brandversicherungsanstalten, durch deren Errichtung der Staat die Versicherung von Gebäuden und Mobilien gegen Feuersgefahr unter Ausschluss der Konkurrenz von privaten Versicherungsunternehmungen an sich zieht. Wenn

¹⁾ Wolf I 961.

man nun auch des Weiterbestehen der aus der Zeit *vor* 1874 datirenden kantonalen Monopole als zulässig erachten darf, so folgt daraus noch keineswegs, dass ihre Einführung unter der Herrschaft des Art. 31 statthaft ist¹⁾.

Das hat auch die Praxis der Bundesbehörden anerkannt. Die Monopolisirung irgend eines Erwerbszweiges wurde als unzulässig erklärt.

Im Jahre 1878 ist vom Bundesrat ein tessinisches Gesetz, wonach das Recht zum Verkauf von Kartenspielen ausschliesslich dem Staate zustehen und die Fabrikation, der Import und der Verkauf von Kartenspielen ohne Bewilligung des Staatsrates untersagt sein sollte, als im Widerspruch mit dem Grundsatz der Handels- und Gewerbefreiheit stehend, aufgehoben worden²⁾. — Rekurse sowohl an den Bundesrat wie an die Bundesversammlung veranlasste ein Gesetz des Kantons Zürich vom 15. April 1877, welches die Ausgabe von Banknoten den Privatbanken zu Gunsten der zürcherischen Kantonalbank verbot. Beide Beschwerdeinstanzen erklärten das zürcherische Gesetz für verfassungswidrig. Der Berichterstatter der nationalrätlichen Kommission führte, mit dem Bundesrat übereinstimmend, aus, es könne wohl nicht bestritten werden, dass die Ausgabe von Banknoten von den emittirenden Banken zum Zwecke des Erwerbes erfolge und somit einen Zweig menschlicher Erwerbstätigkeit bilde und deshalb unter den

1) Vgl. H. Vogt in «Bank in Zürich, Rechtsgutachten und Rekurschriften betr. das zürcherische Banknotenmonopol», 1877, S. 23 ff.

2) Salis, Nr. 543. Der B.-R. hält das Monopol für zulässig, wenn es bei Aufstellung des Satzes der Handels- und Gewerbefreiheit vorbehalten oder durch die öffentliche Wohlfahrt geboten ist. Wenn nun die Kantone im Interesse der öffentlichen Wohlfahrt irgend einen Erwerbszweig zu monopolisiren gedenken, so unterliegt das betr. Gesetz im Beschwerdefall der Prüfung der B.-Behörden. Wenn diese jeweilen die Ansicht des betr. Kantons über die öffentliche Wohlfahrt acceptiren wollten, so wäre es mit der nationalen Einheit auf diesem Gebiete bald zu Ende und Art. 31 würde jede Bedeutung verlieren.

allgemeinen Begriff von Handel und Gewerbe falle. Da nun die Notenausgabe nicht unter den vom Grundsatz der Handels- und Gewerbefreiheit ausgeschlossenen Erwerbszweigen sich befinde und die Kantone seit 1874 ohne Änderung der Bundesverfassung keinen Erwerbszweig verstaatlichen dürften, so verstosse das zürcherische Gesetz gegen die z. Z. (1877/78) geltende Bundesverfassung¹⁾.

Die Versuche der Kantone, aus *fiskalischen* Gründen irgend welche Erwerbszweige zu Gunsten des Staates zu monopolisieren, haben die Bundesbehörden gehindert. Aus *volkswirtschaftlichen* Gründen jedoch haben sie die Errichtung *kantonomer Brandversicherungsanstalten* zugelassen; hier wird also die Anwendbarkeit des Prinzipes der Gewerbefreiheit geleugnet.

Durch eine Entscheidung aus dem Jahre 1875 hatte der Bundesrat einen Rekurs gegen die Rechtsbeständigkeit der waadtländischen staatlichen Mobiliarversicherung, errichtet durch Gesetz vom 7. Januar 1845, mit folgender Begründung abgewiesen: «Das Versicherungsgewerbe ist laut Art. 34 der Bundesverfassung, der den Geschäftsbetrieb von Privatunternehmungen im Gebiete des Versicherungswesens der Aufsicht und der Gesetzgebung des Bundes unterstellt, nicht auf die gleiche Linie mit allen anderen Gewerben zu stellen. Bei Erlass des bezüglichen Gesetzes werden die Bundesbehörden zu untersuchen haben, ob und in wie weit dieser Geschäftsbetrieb durch kantonale Gesetze, welche die Versicherung für alle Einwohner des betreffenden Kantons bei einer kantonalen Anstalt für obligatorisch erklären, eingeschränkt oder verboten werden kann. Bis zum Erlass dieses Bundesgesetzes, bei dem noch andere Gesichtspunkte als derjenige der Handels- und Gewerbefreiheit in Betracht kommen werden, bleiben die kantonalen Vorschriften über diese Materie vorläufig noch in Kraft²⁾».

¹⁾ Salis, Nr. 583.

²⁾ Salis, Nr. 1560.

Dagegen, dass ein *vor* 1874 eingeführtes Monopol nicht beseitigt worden ist, soll nicht opponirt werden; man mag annehmen, dass die Bundesverfassung in Art. 34 «mit Vorbedacht» nur von Privatunternehmungen im Gebiete des Versicherungswesens spreche, und dass demnach «staatliche, d. h. kantonale Versicherungsanstalten nach der Bundesverfassung als rechtlich und tatsächlich bestehend betrachtet werden».

Der Bundesrat hat aber auch die Einführung kantonaler Brandversicherungsanstalten *nach* 1874 gestattet. Im Jahre 1884 wies er eine Beschwerde zweier Feuerversicherungsgesellschaften gegen das Brandversicherungsgesetz des Kantons Nidwalden vom 27. April 1884 als unbegründet ab. Die beiden Gesellschaften hatten dem Kanton Nidwalden unter Berufung auf Art. 31 der Bundesverfassung die Befugnis bestritten, eine kantonale Brandversicherungsanstalt mit Ausschluss der Konkurrenz von Privatgesellschaften zu errichten¹⁾.

Seine Entscheidung motivirte der Bundesrat hauptsächlich damit, dass er, wie in dem eben mitgetheilten Falle (Nr. 1560), die Behauptung aufstellte, das Versicherungsgewerbe sei mit den anderen Gewerben nicht auf die gleiche Linie zu stellen: «Die Bundesverfassung unterstellt das Versicherungswesen nicht dem Begriff des gewöhnlichen Gewerbes».

Sowohl das Resultat der Entscheidung, wie ihre Motivirung muss angefochten werden. Dem Begriff des «gewöhnlichen» Gewerbes kommt, falls er überhaupt irgendwie verwertbar ist, jedenfalls *juristisch* nicht die mindeste Bedeutung zu. *Rechtlich* fällt allein in Betracht, ob die Tätigkeit Erwerb bezweckt²⁾. Die Tätigkeit der Versicherungsgesell-

¹⁾ Salis, Nr. 1565.

²⁾ S. oben S. 96.

schaften ist aber ohne Zweifel auf Erwerb gerichtet, und ebenso unzweifelhaft weist die Bundesverfassung die Erwerbstätigkeit dem privaten Wirkungskreis zu. Sie enthält keine Bestimmung, welche für das Versicherungswesen eine Ausnahmestellung begründet, im Gegenteil, sie verbietet ausdrücklich Massnahmen, welche den privaten Wirkungskreis zu schmälern beabsichtigen. Die Freiheit *jedes* Gewerbes ist garantirt. Grundsätzlich ist jedes Individuum zum Betriebe des Versicherungsgewerbes zugelassen.

Die Bedeutung des Art. 34 liegt darin, dass die Frage, ob der Bund oder die einzelnen Kantone zur Gesetzgebung und Aufsicht über das Versicherungswesen zuständig sein sollten, zu Gunsten der Bundeskompetenz entschieden worden ist. Die Frage aber, ob für das Versicherungswesen das Prinzip der Gewerbefreiheit massgebend sein soll, wurde durch diese Kompetenzausscheidung des Art. 34 gar nicht berührt. Das Bundesgesetz betr. Beaufsichtigung von *Privat*unternehmungen im Gebiete des Versicherungswesens vom 25. Juni 1885 steht freilich nicht im Einklang mit der Theorie, welche die Erwerbstätigkeit als blosser Privatsache betrachtet; in seinen Bestimmungen überwiegt vielmehr der Zweckmässigkeitsgedanke. Die Zweckmässigkeit verlangt hier ein einschneidendes Gesetz und Staatsaufsicht, weil das *Publikum* an der Sicherheit solcher Privatunternehmungen in hohem Grade interessirt ist, während in der Regel beiden Erwerbsgeschäften nur der betreffende Gewerbetreibende ein Interesse hat. Insofern ist das Versicherungsgewerbe kein «gewöhnliches»; die Frage, ob *seine Monopolisierung zulässig* sei, wird aber nicht nach volkswirtschaftlichen, sondern nach juristischen Gesichtspunkten entschieden ¹⁾.

¹⁾ Das Recht eines jeden Individuums auf Zulassung zum Gewerbebetrieb hat allerdings ganz beträchtliche Einschränkungen erfahren; es hat aber jede Privatunternehmung einen Anspruch auf Erteilung der Konzession für den Betrieb im ganzen Umfange der Eidgenossenschaft, falls sie die gesetzlichen Bedingungen erfüllt. Art. 3 des cit. B.-Gesetzes ist nach Analogie des B.-Gesetzes vom 8. März 1881 (Art. 2) zu ergänzen, vgl. oben S. 100 ff.

Das Bundesgesetz vom 25. Juni 1885, welches bloss die *Privat*unternehmungen betrifft, behält in Art. 1 Abs. 5¹⁾ bezüglich der kantonalen Versicherungsanstalten die gesetzlichen Bestimmungen der Kantone vor. Sofern dieser Gesetzesstelle die Bedeutung zukommen sollte, dass dadurch die Kantone mit der Errichtung von Versicherungsanstalten freie Hand bekommen hätten, so ist sie kurzweg als verfassungswidrig zu bezeichnen. Sie kann nur dahin interpretirt werden, dass die vor 1874 errichteten kantonalen Anstalten vom Bunde anerkannt worden sind. Die Hauptfrage hat durch den Erlass des Bundesgesetzes ihre Erledigung nicht gefunden, und hat sie nicht finden können²⁾. Das Verhältnis zwischen Art 31 und dem Versicherungsgewerbe hat sich demnach durch den Erlass des Bundesgesetzes nicht geändert. Das Verhältnis ist aber dasselbe, wie dasjenige zwischen Art. 31 und der Erwerbstätigkeit vermittelt Ausgabe von Banknoten von 1874—1881. Der kantonalen Selbstherrlichkeit sind auf dem Gebiete des Versicherungswesens durch Art. 31 Schranken gezogen. Wie den Kantonen die Einführung des Notenmonopols untersagt war, und die Bundesbehörden, Bundesrat und Bundesversammlung, das Prinzip der Gewerbefreiheit geschützt haben, und zwar mit Berufung auf Art. 31, genau so muss auch bezüglich des Versicherungsgewerbes die Monopolisirung durch die Kantone ausgeschlossen bleiben^{3) 4)}.

1) Wolf I 365.

2) Vgl. die Ausführungen des Berichterstatters der ständerätl. Kommission, Salis, Nr. 1563.

3) «Mag man auch den Text der litt. a des Art. 31 der B.-V. im Sinne der Anerkennung von zur Zeit der Einführung der B.-V. in den Kantonen bestehenden Fiskalvorrechten ergänzen dürfen, ohne dass sie ausdrücklich in der

(Fortsetzung zu Anm. 3 s. Seite 136.)

4) Die kantonalen Versicherungsmonopole wären nach Analogie der kantonalen Ohmgelder zu behandeln, deren Neueinführung in Kantonen, welche im Jahre 1848 keine bezogen hatten, Art. 32 verbietet. Allerdings würde dadurch eine weitere Ungleichheit der Stellung der Kantone im Bund eintreten, s. Curti, das Prinzip der Gleichheit vor dem Gesetz, 1888, S. 39.

Es setzt also nicht nur die Einführung eidgenössischer, sondern auch die Einführung kantonaler Monopole Revision der Bundesverfassung voraus.

In der hier verfochtenen Anschauung vermag mich auch der jüngste Entscheid des Bundesrates betr. die Glarner Mobiliarversicherungsanstalt nicht zu beirren. Die Rekursbehörde anerkennt selber, dass auch die Versicherungsunternehmungen unter den Begriff des Gewerbes in der ihm durch den Gesetzgeber bei Aufstellung des Art. 31 der Bundesverfassung gegebenen Ausdehnung fallen, obschon sie zum Gegenstand eines besondern Verfassungsartikels gemacht seien. Wenn nun betont wird, es sei nicht einer jeden privaten Berufsart ein Anspruch auf den Schutz des Art. 31 in gleichem Masse zuerkannt, und zur Begründung ausgeführt wird, Art. 34 Abs. 2 unterwerfe das Versicherungsgewerbe besonderen Einschränkungen, so ist nochmals darauf hinzuweisen, dass dadurch nur die Kompetenz, gewerbepolizeiliche Vorschriften zu erlassen, ausnahmsweise dem Bund übertragen wurde. «Eine Einschränkung des in Art. 31 der Bundesverfassung ausgesprochenen Grundsatzes der Handels- und Gewerbefreiheit» liegt nicht vor¹⁾; denn dieser Grundsatz besagt gerade, dass Jedermann zu jeder auf Erwerb gerichteten Tätigkeit zugelassen sei, sofern er die gewerbepolizeilichen Be-

B.-V. genannt sind, so ist doch so viel sicher, dass die Einführung neuer Monopole den Kantonen durch das an die Spitze des Art. 31 gestellte Prinzip der Handels- und Gewerbefreiheit absolut untersagt wird.» Aus dem Bericht der Kommission des Nationalrates, erstattet anlässlich des Rekurses der Bank in Zürich gegen das zürch. Banknotenmonopol, Salis, Nr. 583; vgl. oben S. 131. Vgl. Bank in Zürich, Rechtsgutachten und Rekurschriften, S. 24 u. 25; anderer Ansicht v. Waldkirch, a. a. O. S. 26, vgl. Salis, Nr. 9 (Gutachten von Kummer).

¹⁾ Auch hier muss betont werden, dass die Annahme einer Einschränkung des «Grundsatzes» selber logisch unmöglich ist, entweder besteht er oder er besteht nicht. Dagegen kann die Ausübung eines Gewerbes gewissen Modifikationen unterworfen werden.

dingungen, welche die Kantone, oder in bestimmten Ausnahmefällen der Bund, aufstellen, erfüllt. Dass die Konzession an eine den gesetzlichen Anforderungen Rechnung tragende Versicherungsunternehmung verweigert werden dürfe, ist nicht anzunehmen. Es ist aber überhaupt nicht einzusehen, was denn das Aufsichtsgesetz mit der Frage, ob Monopolisirung des Versicherungsgewerbes durch die Kantone zulässig sei, zu tun hat. Darüber kann es nicht entscheiden und zwar aus dem einfachen Grunde, weil die Frage durch die Bundesverfassung bereits entschieden ist. Eine «authentische» Interpretation, wie sie nach Ansicht des Bundesrates der Bundesverfassung durch Art. 1 Abs. 5 des citirten Gesetzes widerfahren ist, ist nicht anzuerkennen, da auch der obersten Bundesbehörde nicht gestattet ist, durch *Gesetzesparagraphen* klare Vorschriften der *Verfassung* illusorisch zu machen.

Die Rekursbehörde acceptirt sodann den Standpunkt des Vertreters der Regierung des Kantons Glarus, wonach es bei der Frage, ob einer staatlichen Anstalt ein Ausschussrecht gegenüber dem privaten Geschäftsbetrieb gewährt werden könne, darauf ankomme, ob der Staat dem Privathandel und der Privatindustrie einen nach kaufmännischen oder gewerblichen Regeln geleiteten Betrieb entgegenstellen und mit Bezug auf diesen die Konkurrenz ausschliessen wolle, oder ob er die Befriedigung eines Bedürfnisses der Bevölkerung in die Reihe der Staatszwecke einbeziehe und durch ein weder kaufmännisch noch gewerblich zu betreibendes Wohlfahrtsinstitut bewirken lassen wolle (Gegensatz von *Unternehmung* und *Anstalt*).

Dieser Ansicht des Bundesrates stimme ich nicht zu und zwar auf Grund der Ausführung, durch welche er sehr wenig konsequent die Behauptung zurückweist, dass auf der Grundlage unseres positiven Bundesstaatsrechts den Kantonen das Recht zustehe, die Grenzen der Staatsaufgaben gegenüber dem bisher von Handel und Gewerben einge-

nommenen Gebiete nach freiem Ermessen zu ziehen, vorausgesetzt, dass vom Staate keine kaufmännischen oder gewerblichen Unternehmungen gegründet, sondern Wohlfahrtsanstalten errichtet werden. Der Bundesrat kritisirt diese Bemerkung mit folgenden zutreffenden Worten: «Nach dieser Auffassung stände es im Belieben eines Kantons, jede freie berufliche Tätigkeit zu unterdrücken und aus dem Gesichtspunkte der öffentlichen Wohlfahrt das ganze Handels- und Industriegebiet mit Staatsanstalten zu besetzen. Dass damit die Handels- und Gewerbefreiheit des Art. 31 der Bundesverfassung zum inhaltlosen Worte würde, liegt auf der Hand».

Wo nun die Grenzlinie zu ziehen sei, das unterlässt der Bundesrat klüglicherweise anzugeben. Das wäre nicht nur sehr schwierig, sondern ist geradezu unmöglich. Mit seiner Entscheidung hat der Bundesrat den sichern Boden des *Rechts* verlassen und den ganz unsichern der *Zweckmässigkeit* betreten. Somit entscheidet in Wirklichkeit über die Frage, ob der Staat, d. h. ein Kanton, durch Errichtung eines Wohlfahrtsinstituts die auf diesem Gebiete bestehende Privattätigkeit ausschliessen dürfe, nicht das in der Verfassung gesetzte Recht, sondern das *willkürliche Ermessen politischer* Körperschaften.

II. Im 18. Jahrhundert galt der Staat als Quelle des Rechts auf Gewerbebetrieb. Dieses Recht mochte er entweder selbst ausüben oder konnte Private zur Gewerbeausübung ermächtigen, je nach Massgabe seiner Gesetze. Im ersten Falle ergibt sich, wenn der Staat die ausschliessliche Ausübung seines Rechtes beansprucht, das Staatsmonopol, im zweiten Fall gelangt das *Konzessionssystem* zur Anwendung.

Als die Kantone Gewerbefreiheit einführten, haben sie aus Zweckmässigkeitsgründen einzelne Gewerbe, z. B. das Apotheker-, das Wirtschaftsgewerbe, nicht freigegeben, sondern das Konzessionssystem beibehalten. Man ging dabei von der Ansicht aus, das Interesse des einzelnen In-

dividuums würde in Widerspruch geraten mit dem Interesse der Allgemeinheit; man glaubte, dem eigentümlichen Charakter gewisser Gewerbe sei die Anwendung des Prinzipes der freien Konkurrenz unzuträglich; das öffentliche Wohl schien hier zu verlangen, dass der Staat im Interesse sowohl der Gewerbsleute wie der Abnehmer eingreife. Die Konzession zum Betriebe eines nicht freigegebenen Gewerbes wurde deshalb nur im Falle des öffentlichen Bedürfnisses erteilt.

Bei den Gewerben, die nicht freigegeben, der Privatthätigkeit aber auch nicht entzogen sind, tritt das Interesse des Einzelnen, welches die rechtliche Möglichkeit zu erwerben verlangt, gegenüber dem Interesse der Allgemeinheit zurück. Der Staat als alleiniger Gewerbeberechtigter besitzt ohne Zweifel die Befugnis, die Bedingungen der Zulassung zum betreffenden Gewerbe zu normiren. Die Zulassungsbedingungen nennen die Fälle, bei deren Eintritt man annimmt, das öffentliche Bedürfnis verlange die Konzessionserteilung. Diese Bedingungen kann der Staat zu jeder Zeit ändern, wenn das öffentliche Wohl die Änderung wünschbar macht.

Ein Recht auf Konzessionserteilung steht dem Konzessionsbewerber nicht zu; er verlangt nicht die Bewilligung zur Ausübung *seines* eigenen Rechtes, sondern zur Ausübung eines seiner Person *fremden* Rechtes. Dabei bleibt es, auch wenn z. B. nach gesetzlicher Vorschrift die Anzahl der zu konzessionirenden Unternehmungen in einem bestimmten Verhältnis zur Bevölkerungszahl stehen soll. Das Gesetz nennt hier die Bedingungen, von deren Vorhandensein aus Gründen des öffentlichen Wohles die Erteilung oder Zurückziehung der Konzession abhängig gemacht wird. Zweck solcher Bestimmungen ist, der Willkür der zur Konzessionserteilung kompetenten Behörden Schranken zu setzen. Demgemäss sind die Behörden im gegebenen Falle zwar zur Erteilung der Konzession verpflichtet, aber nicht, weil ein individuelles Recht auf Kon-

zessionserteilung besteht, sondern weil das Gesetz im öffentlichen Interesse die Erteilung befiehlt. Selbstverständlich haben sich diejenigen, welche konzessionspflichtige Gewerbe betreiben, auch den Bedingungen über den Betrieb derselben zu unterziehen, auch wenn die Bedingungen, auf freigegebene Gewerbe angewendet, unzulässig wären.

Das individuelle Recht des Art. 31 erstreckt sich auf alle Gewerbe. Die bundesrätliche Rekurspraxis hat in richtiger Auslegung der Bundesverfassung von 1874 diese auf unsere Zeit gekommenen Überreste des «Polizeistaates» beseitigt ¹⁾.

Man spricht jetzt noch von obrigkeitlicher Konzessionserteilung. Sofern überhaupt noch eine solche gefordert wird, kommt ihr eine grundsätzlich veränderte Bedeutung zu. Sie gestattet die Ausübung des Gewerbes als ein Recht des Konzessionsbewerbers, nicht als ein dem letzteren fremdes Recht. Die Konzession hat hier eine formelle Bedeutung; denn dem Bewerber *muss* sie erteilt werden, sofern letzterer den gesetzlichen Vorschriften über den Betrieb nachgekommen ist. Die Bedingungen der Ausübung dürfen selbstverständlich weder der Erfüllung rechtliche Schranken entgegensetzen noch Beschränkungen der freien Konkurrenz enthalten.

Die Revision vom Jahre 1885 hat den Kantonen bezüglich des Wirtschaftsgewerbes die Rückkehr zum Konzessionssystem des «Polizeistaates» ermöglicht. Art. 31 litt. c gestattet den Kantonen, das Wirtschaftswesen und den Kleinhandel mit geistigen Getränken auf dem Wege der Gesetzgebung den durch das öffentliche Wohl geforderten Beschränkungen zu unterwerfen.

Da die Praxis über die rechtliche Natur des im Art. 31 kreierten individuellen Rechtes sich im Unklaren befindet,

¹⁾ Salis, Nr. 644, 1635.

so ist es logisch ganz in der Ordnung, dass sie bezüglich des Vorbehaltes der litt. c zu keinem erspriesslichen Resultate gelangt. Unbestritten ist, dass auf Grund eines kantonalen Gesetzes die Erteilung von Konzessionen zum Wirtschaftsbetrieb vom Bedürfnis abhängig gemacht werden darf; das öffentliche Wohl fordert also Stellung der Bedürfnisfrage. Damit ist, nach dem, was oben gesagt ist, die Frage, ob die Bundesverfassung das individuelle Recht bezüglich des Wirtschaftsgewerbes anerkenne, verneint. Der Bundesrat bejaht sie, wenn auch nicht mit klaren Worten. Seine Praxis verwickelt sich aber begreiflicherweise in Widersprüche; denn wenn der Bundesrat seine Ansicht konsequent verfolgen wollte, so dürfte sich eben die Praxis nach 1885 von derjenigen vor 1885 nicht unterscheiden. Um bei diesem Ergebnis anzulangen, hätte es der Revision nicht bedurft. Verfassungsartikel enthalten Grundsätze. Wenn der Grundsatz der Gewerbefreiheit für das Wirtschaftsgewerbe als unzweckmässig befunden und zum Zwecke der Beseitigung dieser Unzweckmässigkeit eine Verfassungsrevision in Scene gesetzt worden ist, so ist man schon zum *vorneherein* zur Annahme berechtigt, der Grundsatz der Gewerbefreiheit sei bezüglich des Wirtschaftsgewerbes beseitigt worden.

Die Revision von 1885 hat nach unserer Ansicht eine grundsätzliche Entscheidung getroffen und das Wirtschaftsgewerbe grundsätzlich auf einen anderen Boden gestellt gegenüber den anderen Gewerben. In denjenigen Kantonen, die von der Lizenz des Art. 31 litt. c Gebrauch gemacht haben, existirt das individuelle Recht auf Zulassung zum Wirtschaftsgewerbe nicht mehr. Weil das Prinzip der Gewerbefreiheit mit allen seinen Konsequenzen in einer Reihe von Kantonen aufgehoben worden ist, haben dieselben auf diesem dem nationalen Prinzip des Erwerbslebens ent-

zogenen Gebiete ihre «Souveränität»¹⁾ wieder erlangt (unter Vorbehalt der Bedingungen der litt. c).

Anhang. Von Vorbehalten gegenüber dem individuellen Rechte auf Zulassung zu jeder erlaubten auf Erwerb gerichteten Tätigkeit kann man nur sprechen, wenn dieses Recht kraft positiver Vorschrift der Bundesverfassung bezüglich einer Erwerbstätigkeit nicht anerkannt ist. Vorbehalte sind demnach nicht die gewerbepolizeilichen und gewerbesteuerlichen Vorschriften²⁾; Vorbehalte sind auch nicht die sanitätspolizeilichen Verfügungen, die eidgenössischen Zölle und die Eingangsgebühren von Wein und geistigen Getränken, die Verfügungen über die Benutzung der Strassen.

1. Man kann sich darüber streiten, ob mit Bezug auf die *sanitätspolizeilichen Verfügungen* gegen Epidemien und Viehseuchen (Art. 31 litt. d) ein wirklicher Vorbehalt vorliege oder ob seine Erwähnung sich als eine überflüssige Spezialisierung der litt. e darstelle. In Betracht fällt hier Art. 3 des Bundesgesetzes über polizeiliche Massregeln gegen Viehseuchen vom 8. Hornung 1872, welches den Verkehr mit Haustieren, die an einer ansteckenden Krankheit leiden oder durch geschehene Berührung mit solchen Träger eines Krankheitsstoffes sein können, verbietet. Diese Bestimmung qualifiziert sich aber ohne Zweifel als eine *polizeiliche*, vorübergehende; nicht der Viehhandel überhaupt wird untersagt, sondern nur der Viehhandel mit kranken und verdächtigen Tieren. Selbständige Bedeutung kommt also litt. d nicht zu; soweit das Bundesgesetz den Vieh-

1) S. Salis, Nr. 647, Anm. 1.

2) S. oben S. 116 ff.

handel betrifft, hat es den Charakter eines gewerbepolizeilichen Gesetzes ¹⁾).

2. Die *eidgenössischen Zölle* (Art. 31 litt. a) beschränken den Verkehr zwischen der Schweiz und dem Auslande. Ein Vorbehalt gegenüber dem Rechte des Art. 31 wird dadurch nicht begründet.

3. Die Erwähnung der *Eingangsgebühren* von Wein und geistigen Getränken (Art. 31 litt. a), die nunmehr weggefallen sind, in Art. 29 der Bundesverfassung von 1848, war gegenüber der Garantie des freien Verkehrs im Innern der Eidgenossenschaft gerechtfertigt; in Art. 31 ist sie überflüssig; denn die Eingangsgebühren entziehen kein Gewerbe der Unterstellung unter das Prinzip der Gewerbefreiheit.

4. Als eine fernere Reminiscenz an Art. 29 der Bundesverfassung von 1848 stellt sich der Passus der litt. e dar, welcher von Verfügungen über die *Benutzung der Strassen* spricht. Da im Jahre 1848 in der Schweiz noch keine Eisenbahnen existirten, kam den Strassen, welche den Verkehr zwischen den Kantonen vermittelten, eine weit grössere Bedeutung zu als heutzutage. Der interkantonale Verkehr sollte nun nicht durch chikanöse Anordnungen entgegen der Absicht der Bundesverfassung erschwert werden; Art. 29 liess deshalb nur *polizeiliche* Verfügungen über die Benutzung der Strassen zu. In der Bundesverfassung von 1874 hat der Passus keinen Sinn. Die Strassen-

¹⁾ Litt. d hat ihr Vorbild in Art. 29 litt. d der B.-V. von 1848, welcher vorübergehende sanitätspolizeiliche Massregeln bei Viehseuchen als Beschränkungen des freien Verkehrs zwischen den Kantonen als zulässig erklärte. Litt. d des Art. 31 ist also im Grunde genommen nichts weiteres als eine Reminiscenz an die von der B.-V. von 1848 garantierte Verkehrsfreiheit. — Eine Erschwerung des Verkehrs zwischen den Kantonen gestattet mit Bewilligung des B.-R. das cit. B.-Gesetz in Art. 15. Einen Vorbehalt gegenüber dem in Art. 31 garantierten Rechte bildet diese Verkehrsbeschränkung ebenfalls nicht.

polizei als ein Zweig der allgemeinen Polizei ist Sache der Kantone; durch strassenpolizeiliche Verfügungen wird aber die Gewerbefreiheit nicht beeinträchtigt¹⁾.

VI. Die kantonale Gewerbepolizei.

Die Gewerbepolizei begreift nach dem gewöhnlichen Sprachgebrauch nur die die Gewerbe i. e. S. regelnden polizeilichen Bestimmungen in sich. Die Regelung des Gewerbebetriebes i. e. S. bezieht sich entweder auf den stehenden Gewerbebetrieb oder den Gewerbebetrieb im Umherziehen. Hier sollen einzelne den stehenden Gewerbebetrieb betreffende polizeiliche Bestimmungen angeführt werden, welche auf dem Wege der Rekursentscheidung die Genehmigung der Rekursbehörden erhalten haben; prinzipielle Bedeutung vom Standpunkte des Art. 31 der Bundesverfassung kommt ihnen nicht zu.

1. *Konzession gewerblicher Anlagen.* Wenn die kantonalen Gesetze für die Errichtung von gewerblichen Anlagen, deren Betrieb mit grosser Gefahr für das Leben und die Gesundheit der Arbeiter und der anwohnenden Bevölkerung oder mit sonstigen erheblichen Nachteilen und Belästigungen derselben verbunden ist, Anzeige bei der zuständigen Behörde vorschreiben und die Erlaubnis zum Baue von der staatlichen Genehmigung abhängig machen, welche selbstverständlich, falls die Ausführung der gesetzlichen Schutz- und Vorsichtsmassregeln gesichert ist, nicht versagt werden darf, so ist vom Standpunkt des Art. 31

¹⁾ S. Salis, Nr. 531, 564. An eine Beschränkung des Verkehrs unter den Kantonen denkt jedenfalls heute niemand mehr; wenn die Benutzung von Wasserstrassen an eine besondere Bewilligung geknüpft ist, so geschieht dies vermutlich aus flusspolizeilichen Gründen; mit der Gewerbefreiheit hat diese Kontrolle nichts zu schaffen, vgl. Salis, Nr. 562.

nichts dagegen einzuwenden. Der Regierungsrat von Schwyz verlangt auf Grund einer Verordnung, dass jeder, der eine Zündhölzchenfabrik einrichten will, die Bewilligung des Regierungsrates besitzen müsse¹⁾. Fraglich erscheint dagegen die Zulässigkeit des § 12 jener Verordnung, welcher die Fabrikbesitzer zur Hinterlegung einer Kautions verpflichtet²⁾ ³⁾. — Die Bestimmung eines freiburgischen Gesetzes, welche den Gemeinderat darüber zu wachen beauftragt, dass Fabriken und Werkstätten, die einen unangenehmen und ungesunden Geruch verbreiten, in angemessene Entfernung von Wohnungen verlegt oder, wenn dies nicht der Fall ist, die darin zu verrichtenden Arbeiten so ausgeübt werden, dass sie den Nachbarn keine Unannehmlichkeiten oder Schaden verursachen, sowie dass lärmende Werkstätten in abgelegene Quartiere verlegt werden, steht mit Art. 31 nicht in Widerspruch⁴⁾. —

Aus sicherheitspolizeilichen Gründen haben die bernischen Behörden die Verwendung von Holzspaltmaschinen in den Strassen von Bern untersagt. Der Motivierung des bundesrätlichen Entscheides ist vollständig beizustimmen. Einzig der Umstand, dass der Rekurrent keinen Rechtsanspruch hat, sein Gewerbe auf öffentlichem Grund und Boden in der ihm gutscheinenden Art und Weise zu betreiben, rechtfertigt die Verweigerung der Bewilligung seitens der kantonalen Behörden⁵⁾.

¹⁾ Vgl. nunmehr Art. 3 des Fabrikgesetzes vom 25. März 1877, Wolf I 288.

²⁾ Salis, Nr. 546, s. Nr. 555, 556, B.-Bl. 1895 II 148.

³⁾ Vgl. Art. 4 des B.-Gesetzes betr. den Geschäftsbetrieb der Auswanderungsagenturen, Wolf I 355, vgl. ferner Salis, Nr. 596, 4 b.

⁴⁾ Salis, Nr. 554, B.-Bl. 1893 III 723 ff.

⁵⁾ B.-Bl. 1895 II, 918 ff. Auch hier scheint übrigens der eigentliche Grund für Versagung der Bewilligung das Bestreben gewesen zu sein, die gewöhnlichen Holzhacker vor schädigender Konkurrenz zu schützen, vgl. unten S. 164, Anm. 1.

2. *Konzession wegen des Erfordernisses gewisser persönlicher Eigenschaften.*

Persönliche Garantien verlangt der Staat in ausgedehntem Masse von Personen, welche das Wirtschaftsgewerbe betreiben oder eine wissenschaftliche Berufsart ausüben wollen; es erscheint aber ratsam, auch die Ausübung anderer Gewerbe vom Besitze gewisser persönlicher Eigenschaften abhängig zu machen.

Die Bestimmung des baselstädtischen Gesetzes über das Trödel- und Pfandleihgewerbe, welches vorschreibt, es sei für Betreibung dieser Gewerbe eine polizeiliche Bewilligung erforderlich, die nur in Basel niedergelassenen und gut beleumdeten Bewerbern gegen eine Gebühr von Fr. 5 jeweilen bis zu Ende des laufenden Jahres erteilt werden darf, hält der Bundesrat nicht für eine der Gewährleistung der Gewerbefreiheit widersprechende kantonale Verfügung¹⁾. — Das waadtländische Gesetz verlangt für die Ausübung des Gewerbes der Plazirung von Dienstboten gewisse persönliche Garantien. Wenn nun durch gerichtliches Urteil konstatirt ist, dass der Inhaber eines solchen Geschäftes der Gehülfenschaft bei einem Vertrauensmissbrauch sich schuldig gemacht hat, so wird ihm das Patent mit Recht entzogen²⁾. — Nach dem zürcherischen Gesetz vom 2. Dezember 1883 § 5 wird die Bewilligung zur Betreibung des Gewerbes eines Effektensensals oder Börsenagenten nur an solche Personen ausgeteilt, welche sich darüber ausweisen, dass sie im Besitze der bürgerlichen Rechte und Ehren stehen und einen guten Ruf geniessen³⁾.

3. *Polizeiliche Beschränkungen der Ausübung des stehenden Gewerbebetriebes.* In Anwendung des st. gallischen

¹⁾ Salis, Nr. 550.

²⁾ Salis, Nr. 565.

³⁾ Salis, Nr. 596 I, vgl. B.-Gesetz vom 22. März 1888, Art. 3, Ziff. 1, Wolf I 355.

Polizeigesetzes ist der Besitzer einer Ziegelei angehalten worden, den Rauch entweder so abzuleiten, dass er den Insassen eines benachbarten Schulhauses, denen er wesentlichen Nachteil bringt, nicht lästig wird, oder aber das Feuern mit Steinkohlen ganz zu unterlassen; denn eine den öffentlichen Gesundheitsverhältnissen nachteilige Gewerbeausübung darf verhindert werden¹⁾. — Nach dem schon citirten baselstädtischen Gesetze über das Trödel- und Pfandleihgewerbe haben die Inhaber solcher Geschäfte der Polizei sofort Anzeige zu machen, wenn ihnen Gegenstände ihres Gewerbes unter verdächtigen Umständen oder von verdächtigen Personen angeboten werden; von Minderjährigen darf weder etwas gekauft, noch in Pfand genommen werden; das Gesetz stellt ferner Vorschriften über die Art und Weise der Buchführung, die polizeiliche Kontrolle und Beschränkung des Geschäftsbetriebes auf²⁾. — Als zulässiges Mittel gegen Prellerei im Handelsverkehr betrachtet der Bundesrat die Anwendung des Art. 64 des Basler Polizeistrafgesetzbuches: Wer ohne Bewilligung des kleinen Rates eine Geldlotterie veranstaltet oder Lose zu einer solchen verkauft oder ausbietet, ohne zugleich den Besitz der wirklichen Lose zu übertragen, wird mit Geldbusse oder Haft bestraft³⁾. — Durch eine Verordnung aus dem Jahre 1876 verbot der Landrat von Uri das Ausstellen, sowie den Verkauf meuchlerischer Waffen im ganzen Kanton. Die zur Zeit der Bahnarbeiten an der Gotthardbahn bestehenden exceptionellen Verhältnisse schienen dem Bundesrat solche ausserordentliche Polizeimassregeln zu rechtfertigen⁴⁾. — Eine bernische Verordnung vom 4. März 1811 verbietet das Tragen und den Gebrauch der Steckengewehre, sowie deren

1) Salis, Nr. 557, vgl. Nr. 558.

2) Salis, Nr. 550, Ziff. 2—4, vgl. Nr. 596 IV.

3) Salis, Nr. 549; B.-Bl. 1895 II, 144.

4) Salis, Nr. 560.

Verkauf, Verfertigung oder Einbringung in den Kanton Bern. Ein Rekurs, welcher sich gegen das Verbot der Fabrikation von Steckengewehren richtete, wurde vom Bundesrat abgewiesen: « Wenn es zulässig ist, das Tragen einer Waffe zu untersagen (vgl. eidgenössisches Jagdgesetz vom 17. September 1875 Art. 6 Abs. 1), so muss es auch gestattet sein, die gewerbsmässige, zum Zwecke des Verkaufs, der Verbreitung im Kanton betriebene Verfertigung derselben zu verbieten » ¹⁾. — Gegen Bestimmungen, wonach die Bäcker den Brodpreis zu veröffentlichen haben, wendet der Bundesrat vom bundesrechtlichen Standpunkt nichts ein ²⁾, ebensowenig gegen die amtliche Kontrolle über Qualität und Gewicht des Brodes ³⁾.

Sanitätspolizei. « Die Bestimmung eines kantonalen Gesetzes, zufolge welcher keinerlei Arzneimittel zum Gebrauch bei mangelnder ärztlicher Verordnung ohne vorherige Bewilligung einer bestimmten amtlichen Stelle öffentlich angekündigt werden dürfen, ist augenscheinlich in wohlverstandenen sanitarischem Interesse des Publikums erlassen und qualifiziert sich demnach als eine polizeiliche Verfügung, die keineswegs gegen den Grundsatz des Art 31 der Bundesverfassung verstösst » ⁴⁾.

¹⁾ B.-Bl. 1891 I, 301 ff. Es mag fraglich erscheinen, ob mit der Aufrechterhaltung des Verbotes der Fabrikation nicht zu weit gegangen sei. Steckengewehre werden möglicherweise noch zu anderen Zwecken gebraucht als zur Jagd.

²⁾ Salis, Nr. 599.

³⁾ Salis, Nr. 600.

⁴⁾ Salis, Nr. 575, s. Nr. 573, 574. — Der B.-R. rechtfertigt sanitätspolizeiliche Massregeln der Kantone mit Berufung auf Art. 31, litt. d und Art. 33, vgl. Salis, Nr. 16. Die sanitätspolizeilichen Verfügungen des Art. 31 litt. d beziehen sich aber allein auf Epidemien und Viehseuchen, und die in Ausführung des Art. 69 der B.-V. erlassenen Gesetze sind allgemeiner und, mit Ausnahme einiger Bestimmungen des Viehseuchenpolizeigesetzes (s. S. 142), nicht gewerbepolizeilicher Natur. Demnach haben sie mit dem Prinzip der Gewerbefreiheit überhaupt nichts zu schaffen. Die Kompetenz zum Erlass gewerbepolizeilicher Vorschriften, also auch von Vorschriften über die Ausübung medizinischer Berufsarten u. s. w. ergibt sich vielmehr aus Art. 31 litt. e.

Im Jahre 1885 untersagte die Sanitätsbehörde von Luzern den Gebrauch von Bierpressionen mit atmosphärischer Luft. Das Verbot stellt sich dar als eine Verfügung, durch welche eine den öffentlichen Gesundheitsverhältnissen nachteilige Gewerbeausübung verhindert werden soll; eine Verunmöglichung oder Beeinträchtigung des Bierausschankes wird dadurch nicht herbeigeführt¹⁾. — Mit sanitätspolizeilichen Gründen wird ferner das Verbot gerechtfertigt, Vieh anderswo als in von den Behörden bezeichneten Lokalen zu schlachten. Solche Vorschriften bestünden in allen grösseren Ortschaften, ohne dass darin eine Beeinträchtigung des Grundsatzes der Gewerbefreiheit gefunden würde. Wie soll man aber entscheiden, wenn Schlächter neben dem Schlachthaus der Gemeinde eine Privatschlachthanstalt unter Beobachtung der für den Bau der offiziellen Anstalten aufgestellten Vorschriften zu errichten gedenken, die Bewilligung seitens der Behörden aber verweigert wird? Sofern den sanitätspolizeilichen Erfordernissen Genüge geleistet wird, sollte die Gestaltung des Gewerbebetriebes nach Möglichkeit dem freien Willen der Interessenten überlassen werden²⁾. —

Das Walliser *règlement sur la police des voitures et cochers à la gare de Martigny* untersagt den Fuhrleuten, sich auf der Plattform des Bahnhofes aufzustellen. Die Reglementsvorschrift, im Interesse guter Ordnung auf dem Bahnhofe und zum Schutze der Reisenden erlassen, ist eine im Sinne des Art. 31 litt. e zulässige Verfügung³⁾. —

Wir führen hier noch zwei Entscheidungen des Bundesrates an, welche Verfügungen über Ausübung von Gewerben, die Gewinnung von Naturerzeugnissen bezwecken, betreffen.

¹⁾ Salis, Nr. 572.

²⁾ Salis, Nr. 607, 608.

³⁾ Salis, Nr. 604, B.-Bl. 1892 II, 1124.

Die Davoser Waldordnung vom 10. Dezember 1873 enthält in § 10 folgende Bestimmung: Jedem Privaten wird bis auf weiteres die Befugnis eingeräumt, aus seinen eigentümlichen Waldungen zum eigenen Bedarf an Brenn-, Bau- und Zaunholz, insofern der Bedarf vorhanden und es der Waldstand erlaubt, jährlich bis auf 10 Normalklafter ohne forstamtliche Bewilligung und Auszeichnung zu beziehen. Ausgenommen sind hievon einzelne Schutzwaldungen und allfällig jetzt schon übermässig gelichtete Privatwaldungen, in denen alles grüne, zum Hieb kommende Holz forstamtlich gezeichnet werden muss. Jeder weitere Bezug für eigenen Bedarf unterliegt der Bewilligung der Forstbehörde der Landschaft. Gesuche um Bewilligung zum Verkaufe von Holz sind an die Forstbehörde der Landschaft zu richten. Einen gegen diese Bestimmungen gerichteten Rekurs wies der Bundesrat ab, weil die Davoser Waldungen als Schutzwaldungen, wenn auch im Besitze von Privaten stehend, doch aus landespolizeilichen Rücksichten dem freien Handel und Verkehr entzogen seien ¹⁾. — Am 1. September hat der Bezirksrat von Einsiedeln folgendes Jaucheausfuhrreglement erlassen: Während der Sommerszeit ist das Entleeren der Jauchekasten und das Ausführen der Jauche (Gülle) aus und vom Dorfe Einsiedeln in den Tagesstunden von vormittags 7 Uhr an bis nachmittags 6 Uhr und an Vorabenden von Sonn- und Feiertagen gänzlich verboten. Der Bundesrat fand, diese Verordnung enthalte nichts dem Art. 31 widersprechendes; denn es werde durch das angefochtene Reglement keineswegs etwa die Jaucheausfuhr verboten, sondern dieselbe nur im Sommer zu gewissen Stunden des Tages und an den Vorabenden von Sonn-

¹⁾ Salis, Nr. 563, vgl. eidgen. Forstgesetz vom 24. März 1876, Art. 11 ff., Wolf I 775. Durch diese Bestimmungen erleidet die auf Gewinnung forstwirtschaftlicher Produkte gerichtete Erwerbstätigkeit eine ganz erhebliche Einschränkung.

und Feiertagen untersagt, und es geschehe dies sowohl im Interesse der öffentlichen Ordnung als im besonderen Interesse der zur Sommerszeit von Fremden, insbesondere von Pilgern, zahlreich besuchten Ortschaft Einsiedeln¹⁾.

Vorkauf von Lebensmitteln. Die Bundesverfassung von 1848 gewährleistet in Art. 29 Verkehrsfreiheit zwischen den Kantonen und behält im Anschluss an Art. 11 des Bundesvertrages von 1815 Verfügungen gegen schädlichen Vorkauf vor. Vorkauf ist nach einer bundesrätlichen Definition der massenhafte Ankauf von Marktwaren (Lebensmitteln) zum Zwecke des Wiederverkaufes derselben. Die Vorkäufer beabsichtigen also, die Marktwaren in ihrer Hand zu vereinigen, um auf diese Weise die Marktpreise in die Höhe schrauben zu können²⁾.

Der Vorbehalt des Vorkaufverbotes ist in der Bundesverfassung von 1874 verschwunden; schon Art. 29 des Entwurfes von 1872 enthält ihn nicht mehr. Der Berichterstatter der ständerätlichen Revisionskommission motivierte die Streichung mit folgenden Worten: «Die Bestimmung betreffend den Vorkauf findet sich in dem neuen Entwurf nicht mehr und zwar aus guten Gründen. Infolge der bedeutenden Vervollkommnungen des Transportes, deren wir uns gegenwärtig erfreuen, sind die Gefahren und Missbräuche des Vorkaufes von Waren und Produkten, auch die unentbehrlichsten nicht ausgenommen, verschwunden. Dem Verkehr und, wenn es nötig ist, der Association, wird es unter allen Umständen leicht gelingen, die Gefahren des Vorkaufes zu beseitigen³⁾».

Von der nach 1874 herrschenden Auffassung einer durch die Bundesverfassung garantirten möglichst unein-

¹⁾ B.-Bl. 1894 I, 1.

²⁾ Ein Mitglied einer ständerätlichen Geschäftsprüfungskommission nennt deshalb den Vorkauf wucherliche Ausbeutung des Mittelstandes und der ärmern Klassen der Bevölkerung.

³⁾ Salis, Nr. 547, Anm.

geschränkten Handels- und Gewerbefreiheit ausgehend, hat der Bundesrat in mehreren Fällen entschieden, dass ein Verbot des Vorkaufes von Lebensmitteln gegenüber den Bestimmungen des Art. 31 nicht mehr zu Recht bestehen könne; ein solches Verbot dürfe nicht unter die in Art. 31 litt. e vorgesehenen Verfügungen eingereiht werden¹⁾. Diese Praxis ist durch ein Erkenntnis vom 1. Juli 1890 umgestossen worden. Der Bundesrat hat das Verbot des Vorkaufes zulässig erklärt. Als Grund seiner neuesten Entscheidung führt er an, er habe sich überzeugt, dass das Verbot unter die in litt. e vorbehaltenen kantonalen Verfügungen eingereiht werden könne. Die Bundesverfassung habe ausdrücklich anerkannt, es sei möglich und zulässig, die Freiheit im Handel zu ordnen; sie sei ganz unzweifelhaft von dem Erfahrungssatze ausgegangen, dass die Freiheit überhaupt nur bei einem geordneten Gebrauche bestehen könne. Von der Geschäftsprüfungskommission hat der bundesrätliche Entscheid ausdrückliche Billigung erfahren²⁾.

In der Tat lässt sich wohl kaum etwas dagegen einwenden, wenn das Vorkaufsverbot als polizeiliche Beschränkung des Handels mit Marktwaren im Lokalverkehr im Sinne des Art. 31 litt. e aufgefasst wird. Die Beseitigung des Vorbehaltes des Vorkaufsverbotes in der Bundesverfassung von 1874 hatte wohl die Bedeutung, dass damit eine Beschränkung des freien Verkehrs zwischen den Kantonen aufgehoben werde. Der Verkehr im Inneren der Schweiz sollte durch die Bundesverfassung von 1874 überhaupt ein völlig unbeschränkter und durch Kantonsgrenzen nicht behindert sein. In dieser Richtung, d. h. im interkantonalen Verkehr, ist das Vorkaufsverbot untersagt³⁾,

¹⁾ Salis, Nr. 547.

²⁾ Salis, Nr. 548.

³⁾ Zu dieser Auslegung passen auch die oben angeführten Worte des die Weglassung des Vorbehaltes motivirenden Berichterstatters.

aber als den Lokalverkehr beschränkende polizeiliche Massregel kann das Verbot immerhin aufgestellt werden, ohne gegen Art. 31 zu verstossen. Dem Vorkaufsverbot unter der Bundesverfassung von 1874 würde ungefähr diejenige Bedeutung zukommen, welche der Bundesrat den kantonalen Verboten in einer Entscheidung vom Jahre 1855 beilegte¹⁾. Darnach dürfen sich Verordnungen gegen den Vorkauf von Lebensbedürfnissen von Menschen und Vieh nur auf Marktplätze und Markttage beziehen, nicht aber auf den Einzelvorkauf auf dem Lande ausser den Markttagen²⁾.

VII. Handelsreisende und Hausierhandel.

1. *Die Handelsreisenden und die Besteuerung ihres Erwerbes*³⁾. Art. 29 der Bundesverfassung von 1848 garantierte freien Kauf und Verkauf aus einem Kanton in den anderen. Seine wichtigste Interpretation erfuhr er durch den Bundesbeschluss vom 29. Juli 1859, welcher folgendermassen lautet: Die Kantone werden angewiesen, von schweizerischen Handelsreisenden keine Patenttaxen oder anderweitige Gebühren mehr zu beziehen, insoferne diese Handelsreisenden nur Bestellungen, sei es mit oder ohne Vorweisung von Mustern, aufnehmen, und keine Waren mit sich führen. Eine authentische Interpretation dieses Bundesbeschlusses stellte der Bundesbeschluss vom 12. Dezember 1860 dar, welcher ersteren dahin erläuterte, dass Bestellungen auch bei Privaten, von Haus zu Haus, ohne Besteuerung zu gestatten seien. Die Bundesversammlung ging

¹⁾ Durch eine Interpretation, welche dem Sinne der litt. c des Art. 29 der B.-V. von 1848 wohl nicht gerecht wurde.

²⁾ Ullmer, die staatsrechtliche Praxis der schweiz. B.-Behörden, Nr. 55.

³⁾ B.-Bl. 1891 III 11—90.

dabei von der Ansicht aus, der Bundesbeschluss von 1859 habe den Hausierhandel, dessen Regulirung der kantonalen Hoheit überlassen sein sollte, auf das ganz bestimmte Merkmal des Mitsichführens von Waren beschränken wollen¹⁾.

Der Grundsatz der bedingungslosen Steuerfreiheit fand Aufnahme in die Handelsverträge, welche die Schweiz im Laufe der sechziger Jahre abschloss, sodass die Schweizer im Ausland und die ausländischen Handelsreisenden in der Schweiz ihr Gewerbe taxfrei ausübten²⁾.

Während der Revisionsberatungen in den Jahren 1870—1874 scheint die Frage der Besteuerung der Handelsreisenden nicht berührt worden zu sein. Zur Änderung der sich auf die beiden Bundesbeschlüsse stützenden Praxis sah sich der Bundesrat nicht veranlasst; denn zwischen letzteren und Art. 31 der Bundesverfassung konnte ein offener Widerspruch jedenfalls nicht konstatiert werden. Deshalb erklärte der Bundesrat im Jahre 1877 die Bestimmung eines luzernischen Gesetzes, wonach zur Aufnahme von Bestellungen bei Privaten (Nichtgewerbetreibenden) auf verkäufliche oder unverkäufliche Muster eine jährliche Patentgebühr zu bezahlen sei, für ungültig.

Diese Entscheidung fand jedoch nicht den Beifall der Geschäftsprüfungskommission des Nationalrates. Auf ihren Antrag wurde der Bundesrat von der Bundesversammlung durch Postulat vom 28. Juni 1878 eingeladen, den getroffenen Entscheid in Wiedererwägung zu ziehen³⁾. Die Kommission führte in ihrem Berichte folgendes an: «Es fragt sich, ob mit der Unterscheidung von „Bestellung auf Muster“ und dem wirklichen „Warenverschleiss“ alle einschlägigen Verhältnisse umschrieben seien. Wenn ein

1) Blumer, 1863 I 305.

2) Salis, Nr. 628.

3) Salis, Nr. 615 I.

reisender Handelsmann einen gewissen Rayon absucht, seine Waren an irgend einem Centralpunkt lagert, überall Bestellungen „auf Muster“ aufnimmt, unmittelbar darauf dieselben ausführt und hiefür nichts entrichtet, so ist dieser Mann doch wohl ein „Händler“ und nicht ein Musterreisender, und ist diese Art taxfreier Konkurrenz eine solche, die den Unwillen des steuerzahlenden, einheimischen Gewerbetheiligen herausfordert.»

Um den Klagen der angesessenen Gewerbetreibenden abzuhelpen, d. h. um die Besteuerung der Handelsreisenden zu ermöglichen, stellte die Kommission die Ansicht auf, die Aufnahme von Bestellungen bei Privaten sei eine Art des Hausierhandels. Sie kam zu dem Schlusse, die Kantone seien berechtigt, die Aufnahme von Bestellungen bei Nichtgewerbetreibenden, resp. von Haus zu Haus, als Hausierhandel zu erklären, für dessen Ausübung ein Patent zu verlangen und den gesamten Hausierverkehr mit einer entsprechenden Taxe zu belegen¹⁾.

Infolge der Annahme des Postulates wies der Bundesrat durch Entscheid vom 11. Oktober 1878 zwei Rekurse gegen die Gesetze über den Gewerbebetrieb im Umherziehen der Kantone Bern und Baselland ab, welche beide die Vorschrift enthalten, dass auch das Aufsuchen von Bestellungen bei anderen Personen als solchen, welche mit dem betreffenden Artikel Handel treiben oder denselben in ihrem Gewerbe verwenden, unter den Begriff des Hausierens falle und demnach der Besteuerung unterliege²⁾. Damit betrachtete der Bundesrat das Postulat vom 28. Juni 1878 als erledigt; er ging dabei von der Voraussetzung aus, dass die beiden Bundesbeschlüsse vom 29. Juli 1859

¹⁾ Salis, Nr. 615 II.

²⁾ Salis, Nr. 618.

und 12. Dezember 1860 tatsächlich, wenn auch nicht formell, ausser Kraft gesetzt seien¹⁾.

Hierauf beeilten sich die Kantone, sich dieses neueste Erkenntnis nutzbar zu machen. Bestellungen bei Privaten wurden allgemein dem Hausierhandel untergeordnet und dieser zum Teil mit Taxen beschwert, deren Höhe sehr geeignet war, den Unwillen angesessener Gewerbetenossen zu beschwichtigen; denn sie bezweckten geradezu die Verunmöglichung des Hausierens mit gewissen Artikeln²⁾. Dagegen remonstrirte wiederum der Bundesrat, indem er darauf hinwies, dass ein absolutes Verbot des Gewerbebetriebes im Umherziehen und der Aufnahme von Bestellungen von Haus zu Haus sich gegenüber dem Art. 31 der Bundesverfassung nicht rechtfertigen lasse, weil dadurch unzweifelhaft der Grundsatz der Gewerbefreiheit in Frage gestellt werde. Ebenso müsse ein Besteuerungssystem, das, weil es übermässige Taxen enthalte, im Effekt einem Verbote gleichkomme, beanstandet werden können.

Eine sehr unangenehme Folge der «neuen eidgenössischen Jurisprudenz» ergab sich aus der bevorzugten Stellung, welche die Handelsreisenden ausländischer Firmen gegenüber den Handelsreisenden inländischer Firmen einnahmen. Erstere blieben nämlich von allen Taxen befreit, sofern die Staaten, in welchen ihre Firmen domizilirt waren, durch Verträge mit der Schweiz völlig gebührenfreien Verkehr der Geschäftsreisenden ausbedungen hatten, oder sofern ihnen Meistbegünstigung zugesichert war.

¹⁾ Das Postulat vom 28. Juni 1878 bedeutet im Grunde genommen eine einschränkende authentische Interpretation des B.-Beschlusses vom 29. Juli 1859, indem es die ältere Interpretation des B.-Beschlusses vom 12. Dezember 1860 beseitigte. Taxfrei sollten seit 1878 nur Bestellungen bei Gewerbetenossen sein; das Mitführen von Waren ist nicht mehr das einzige charakteristische Merkmal des Hausierhandels.

²⁾ Vgl. Schollenberger, S. 78, oben S. 123, 124.

Die interne Beschränkung der Steuerfreiheit von Geschäftsreisenden legte es nunmehr dem Bundesrat nahe, in der Folge auch beim Abschluss von Handelsverträgen der veränderten Anschauungsweise Rechnung zu tragen und ihr womöglich Geltung zu verschaffen.

Bei Anlass des Abschlusses des Handelsvertrages vom 29. Juni 1881 erklärte sich die deutsche Regierung bereit, im Protokoll über die Auswechslung der Ratifikationsurkunden den ausdrücklichen Vorbehalt aufzunehmen, dass die im Vertrage stipulirte Taxfreiheit der Geschäftsreisenden nur auf das Aufsuchen von Warenbestellungen bei Gewerbetreibenden Anwendung finde. Bei den Handelsvertragsunterhandlungen mit Frankreich wurde jedoch das Begehren des Bundesrates abgelehnt. Die Reisenden der Firmen Frankreichs und aller meistbegünstigten Staaten nahmen deshalb ihre Bestellungen bei Privaten taxfrei auf¹⁾.

Dieser unerfreuliche Zustand rief zahlreiche Rekurse und Petitionen an die Bundesbehörden hervor. Die Judikatur derselben scheint aber niemanden befriedigt zu haben. Der Bundesrat selbst gab zu, dass es an klaren und bestimmten Prinzipien mangle, auf denen eine sichere, allseitig gerechte Praxis sich aufbauen könnte. In seinem Berichte vom 9. November 1883 kam er zum Schluss, dass die bisherige Praxis betreffend die Erhebung von Patenttaxen gegenüber schweizerischen Handelsreisenden nicht länger fortdauern könne. Es werde zwar der Geschäftsbetrieb mittelst Aufsuchung von Bestellungen bei Nichthandelsleuten den inländischen Häusern theoretisch nicht verwehrt, aber tatsächlich zum Vorteil des Auslandes verunmöglicht.

Auf Vorschlag des Bundesrates fasste die Bundesversammlung am 11. Dezember 1883 folgenden Beschluss: Die Handelsreisenden, welche für Rechnung eines inlän-

¹⁾ Salis, Nr. 628.

dischen Handelshauses die Schweiz bereisen, können, ohne dafür eine Patenttaxe entrichten zu müssen, auf den einfachen Ausweis ihrer Identität hin, mit oder ohne Muster Bestellungen aufnehmen, sofern sie keine Waren mit sich führen. Dieser Beschluss hätte die Wiederaufnahme der vor 1878 herrschenden Praxis ermöglichen sollen; er wurde aber in der Volksabstimmung vom 11. Mai 1884 verworfen ¹⁾.

Am 24. Juni 1892 kam das Bundesgesetz betr. die Patenttaxen der Handelsreisenden zu Stande, welches am 1. Januar 1893 in Kraft getreten ist und bis auf weiteres diese Frage endgültig zum Abschluss gebracht hat.

Nach Art. 1—3 dieses Gesetzes ²⁾ können die Handelsreisenden, welche für Rechnung eines inländischen Hauses die Schweiz bereisen und dabei ausschliesslich mit Geschäftsleuten in Verkehr treten, welche den betreffenden Handelsartikel wiederverkaufen oder in ihrem Gewerbe verwenden, sofern sie keine Waren mit sich führen, im ganzen Gebiete der Eidgenossenschaft mit oder ohne Muster Bestellungen aufnehmen, ohne dafür eine Taxe entrichten zu müssen. Alle andern Handelsreisenden, welche für Rechnung inländischer Häuser die Schweiz bereisen, ohne Waren mit sich zu führen, können im ganzen Gebiete der Eidgenossenschaft mit oder ohne Muster Bestellungen aufnehmen gegen Entrichtung einer Taxe von 150 Fr. für das Jahr und von 100 Fr. für das halbe Jahr. Die Reisenden auswärtiger Handelshäuser können in der Schweiz unter den nämlichen Bedingungen Bestellungen aufnehmen, wie die Reisenden inländischer Häuser, wenn die Schweiz mit dem Staate, in welchem jene Häuser niedergelassen sind, in diesem Sinne eine Vereinbarung getroffen hat; andernfalls haben sie eine

¹⁾ Salis, Nr. 626.

²⁾ B.-Bl. 1892 IV 69.

höhere, im Gesetz vorgesehene Taxe zu entrichten. Alle Handelsreisenden haben eine Ausweiskarte zu lösen, für deren Ausstellung keine besondere Gebühr erhoben wird. Der Besitzer einer Karte ist auf die Dauer ihrer Gültigkeit von jeder Kantons- und Gemeindetaxe befreit (Art. 6).

Die Aufnahme von Bestellungen bei Privaten fällt seit dem Inkrafttreten des Bundesgesetzes nicht mehr unter den Begriff des Hausierhandels; die kantonalen Gesetze über den Hausierhandel sind auf die Detailreisenden, sofern sie keine Waren mit sich führen, nicht mehr anwendbar. Damit ist jedoch wohl nicht ausgeschlossen die Befugnis der Kantone, über die Ausübung des in Frage liegenden Gewerbebetriebes Vorschriften im Sinne von Art. 31 litt. e zu erlassen.

Die Gesetzgebung über das Feilbieten von Waren auf den Marktplätzen und im Umherziehen, sowie über den Ausverkauf von Warenlagern bleibt Sache der Kantone (Art. 9 des Bundesgesetzes) ¹⁾.

Durch den Erlass des Bundesgesetzes ist auf dem Wege der Bundesgesetzgebung das Prinzip der Gewerbe-freiheit durchgeführt worden, nachdem es den Bundes-behörden nicht gelungen war, demselben durch Rekurs-entscheidungen zum Durchbruch zu verhelfen. Die Kom-petenz, Verfügungen über Ausübung von Handel und Gewerben zu erlassen, ist in der Praxis dem Bunde nicht bestritten; daraus ergibt sich aber, dass ihm die Kompetenz zum Erlass gewerbesteuerlicher Vorschriften nicht verweigert werden kann, sofern die Durchführung des Grundsatzes des Art. 31 dieses erfordert. Vom juristischen Standpunkt waren daher die Bundesbeschlüsse von 1859 und 1860 mit Art. 31 nicht unverträglich ²⁾.

¹⁾ Vgl. B.-Bl. 1893 II 60.

²⁾ Bei den Beratungen derselben hatte sich die B.-Versammlung auf den Standpunkt gestellt, dass die Gewerbstätigkeit der Handelsreisenden unter den Gesichtspunkt des interkantonalen Verkehrs falle, weil die Waren, die sie

Bei der Entscheidung der Rekurse gegen das bernische und das basellandschaftliche Hausiergesetz ¹⁾ hatte sich der Bundesrat von folgenden Erwägungen leiten lassen: « Wenn ein kantonales Gesetz die Aufnahme von Bestellungen bei Privaten dem Hausierhandel gleichstellt und mit Patentsteuern belegt, so erscheint es dem Art. 31 der Bundesverfassung gegenüber als haltbar. Art. 31 gewährleistet allerdings die Freiheit des Handels und der Gewerbe, aber er behält dabei auch in unzweideutiger Weise (dem Bund und den Kantonen) Verfügungen vor über Ausübung von Handel und Gewerben, sowie über Besteuerung des Gewerbebetriebes. Die einzige Schranke, welche in dieser Richtung gezogen wird, liegt in dem Schlusssatze des Art. 31, der bestimmt, dass solche Verfügungen dem Grundsatz der Handels- und Gewerbefreiheit nicht widersprechen dürfen » ²⁾.

Theoretisch freilich ist dies richtig; wie aber die Praxis nach 1878 deutlich genug gezeigt hat, lässt sich mit der Ausübung der Tätigkeit der Handelsreisenden das kantonale Besteuerungsrecht nicht vereinbaren. Fiskalische, nament-

verkauften, in dem einen, die Käufer aber in dem anderen Kanton sich befänden; die Handelsreisenden seien als Vermittler des interkantonalen Warenverkehrs zu betrachten. Infolge von Art. 29 litt. b der B.-V. von 1848 seien sie bloss polizeilichen Verfügungen der Kantone unterworfen; jede Besteuerung derselben widerspreche den Bestimmungen der B.-V. über Handelsfreiheit. Ganz anders verhalte es sich mit den Hausierern, welche ihre Warenlager mit sich führen und bei denen daher von einem interkantonalen Verkehr nicht die Rede sein könne. Mit Recht bemerkt Blumer, dass diese Unterscheidung nicht stichhaltig sei, weil die einen wie die andern Gewerbetreibenden, sei es nun, dass sie mit Waren oder bloss mit Mustern versehen im Lande herumreisen, den Verkehr zwischen den Kantonen vermittelten, und weil die Patenttaxen von Hausierern so gut wie diejenigen von Handelsreisenden einen vorwiegend fiskalischen Charakter annehmen könnten, Blumer, 1863 I 301 ff.

Die Interpretation, welche Art. 29 der B.-V. von 1848 durch die beiden B.-Beschlüsse gefunden hat, ist wohl überhaupt nicht haltbar. Dubs sagt in
(Fortsetzung s. S. 161.)

¹⁾ S. oben S. 155.

²⁾ Salis, Nr. 618.

lich aber protektionistische Motive bewogen die Kantone, Prohibitivtarife aufzustellen, zum Schaden des Prinzips der freien Konkurrenz. Hier greifen nun die Bundesbeschlüsse ein; sie sind als Ausführungsgesetze des Art. 31 aufzufassen, welche dem Grundsatz der freien Konkurrenz zu seiner Verwirklichung verhelfen, indem sie die Tätigkeit der sog. Detailreisenden dem kantonalen Besteuerungsrechte entziehen¹⁾. —

Beachtenswert ist, dass dem Umstand, ob der Reisende Gros- oder Detailreisender ist, für die Beantwortung der Frage, ob ein Handelsreisender der Besteuerung unterliegt oder nicht, keine Bedeutung zukommt, wie man etwa aus der Entstehungsgeschichte des Bundesgesetzes betr. die Patenttaxen der Handelsreisenden vermuten sollte²⁾. Taxfrei bleiben die Handelsreisenden, welche ausschliesslich mit Geschäftsleuten in Verkehr treten, die den betreffenden Handelsartikel wiederverkaufen oder in ihrem Gewerbe verwenden. Es fragt sich, was man unter dem Ausdruck «verwenden» versteht. Wenn man den Grundgedanken betrachtet, welcher die Besteuerung der Handelsreisenden veranlasste, nämlich den Gedanken des Schutzes der orts-

seinem öffentlichen Rechte der Eidgenossenschaft, II 129, die Beschlüsse von 1859 u. 1860 seien durch eine kühne Interpretation der B.-V. zu Stande gekommen. Die B.-V. von 1848 garantierte nicht Gewerbefreiheit, demgemäss war es ausschliesslich Sache der Kantone, gewisse Erwerbsarten aus irgend welchen Gründen zu untersagen. Die B.-Beschlüsse zwangen jedoch die Kantone, das Verbot oder die Besteuerung der Bestellaufnahme bei Privaten aufzuheben. Art. 29 gewährleistete freie Zirkulation des Arbeitsproduktes im Innern der Eidgenossenschaft; aber weder das Verbot noch die Besteuerung konnte einen Verkäufer im einen Kanton hindern, an den Käufer im andern Kanton zu liefern. Die Erhebung von Taxen hatte nicht den Charakter eines kantonalen Eingangszolles, sondern war eben Besteuerung des Gewerbebetriebes. Eine Behinderung des freien Verkehrs stellte sie nicht dar, wenn auch daraus faktisch eine Beschränkung des Warenverkehrs hervorgehen mochte.

1) Vgl. B.-Bl. 1883 IV 421.

2) Vgl. Salis, Nr. 626 a.

angesessenen Bevölkerung, so müsste man zur Annahme gelangen, jeder Detailreisende sei zu besteuern, befreit also nur Bestellaufnahmen auf Handelsartikel, welche aus der Hand des Detaillisten in demselben Zustande (wiederverkaufen) oder in verarbeitetem (im Gewerbe verwenden) an den Konsumenten gelangen sollen. Das Bundesgesetz hat in dieser Beziehung schon vor seinem Inkrafttreten seine Interpretation gefunden, und diese schliesst sich an diejenige an, welche die einschlägigen kantonalen Gesetze erfahren haben. Anlässlich einer Beschwerde gegen ein thurgauisches Gesetz, welches den gleichen Passus wie das Bundesgesetz enthält, hat der Bundesrat unter ausdrücklichem Hinweis auf Art 1 desselben erkannt, es sei derjenige Handelsreisende steuerfrei, welcher nur Geschäftsleute besuche, die seine Artikel zu gewerblichen Zwecken benötigen, in ihrem Gewerbe verwenden, d. h. verbrauchen, verarbeiten oder *gebrauchen*. Nach dieser Entscheidung¹⁾ ist der Handelsreisende, welcher einen Schneider zur Bestellung einer Nähmaschine veranlasst, vor Besteuerung geschützt; denn der Schneider verwendet das Möbel in seinem Gewerbe. Die Eigenschaft eines Grosreisenden kommt freilich diesem Handelsreisenden nicht zu, so wenig wie demjenigen, welcher bei Bauern Bestellungen auf landwirtschaftliche Geräte aufnimmt. Im Sinne des Gesetzes wird demnach oft als Groshandel behandelt, was faktisch Detailhandel ist.

2. *Der Hausierhandel.* Im Jahre 1874 war in den Kantonen Bern, Luzern Zug, Freiburg, Baselland, Schaffhausen, Waadt und Wallis das Hausieren grundsätzlich verboten. Seit Einführung der neuen Bundesverfassung ist ein allgemeines Verbot des Hausierhandels nicht mehr gerechtfertigt. Das individuelle

¹⁾ B.-Bl. 1892 IV 82 ff.

Recht auf Zulassung zu jeder erlaubten und auf Erwerb gerichteten Tätigkeit begreift auch das Recht auf Zulassung zum Erwerb vermittelt Hausieren in sich ¹⁾).

1. *Zulässig* sind alle Bedingungen über Ausübung dieses Gewerbes, welche den Grundsatz der freien Konkurrenz nicht zu beschränken beabsichtigen ²⁾).

Als unzulässige polizeiliche Bedingung der Ausübung betrachtet die Praxis die Vorschrift kantonaler Gesetze, dass zur Ausübung des Gewerbes im Kanton *Niederlassung* in demselben erforderlich sei. Der Bundesrat begründet seine Ansicht mit den besonderen Verhältnissen des Hausierhandels. «Es ist die wesentliche Eigentümlichkeit des Hausierhandels, dass derselbe ambulant die Bevölkerung beliebiger Gebiete aufsucht, und dass der an einem Orte fest niedergelassene Händler sich in allen anderen Gebieten, welche er, seinen Handel ausübend, besucht, nur vorübergehend aufhält. Den Hausierhändler nötigen, in jedem Kanton, den er betreten, oder gar, was auch möglich wäre, in jeder Gemeinde, innerhalb welcher er seinen Handel treiben will, vorerst die Niederlassung zu erwerben, wäre eine Aufhebung des Hausierhandels selbst und eine Beeinträchtigung der Handelsfreiheit, welche über das hinausgeht, was den Kantonen in Betreff Ausübung von Handel und Gewerben zu verfügen gestattet ist» ³⁾).

Gerechtfertigt ist dagegen aus polizeilichen Gründen der Ausschluss gewisser Gegenstände vom Hausierhandel. So steht nach einem bundesrätlichen Kreisschreiben vom 11. Dezember 1874 nichts entgegen, wenn das Hausieren

¹⁾ Salis, Nr. 610.

²⁾ Vgl. oben S. 116.

³⁾ Salis, Nr. 611.

mit leicht entzündlichen Stoffen¹⁾ und mit Giften²⁾, ferner mit Heilmitteln³⁾, mit Fleisch⁴⁾ wegen der notwendigen Kontrolle über den Verkauf solcher Gegenstände verboten wird. Auch einige Bundesgesetze enthalten Bestimmungen über den Hausierhandel. Die Vollziehungsverordnung zum eidgenössischen Viehseuchenpolizeigesetz untersagt (Art. 42) den Hausierhandel mit Rindvieh, Schafen, Ziegen und Schweinen⁵⁾, das Bundesgesetz betr. den Handel mit Gold- und Silberabfällen (Art. 2 Abs. 4) verbietet demjenigen, welcher den Ankauf und das Einschmelzen von Gold- und Silberabfällen als Gewerbe betreibt, von Haus zu Haus zu gehen, um Abfälle aufzukaufen oder solche zum Einschmelzen zu verlangen⁶⁾; das Bundesgesetz betr. gebranntes Wasser verbietet (Art. 7) das Hausieren mit gebrannten Wassern⁷⁾.

Eine Reihe polizeilicher Bestimmungen über die Ausübung des Hausiergewerbes fasste der Bundesrat in einem

1) Ohne Zweifel richtig entschieden ist der Rekurs der schweizerischen Petroleumhandelsgesellschaft in Zürich gegen eine Schlussnahme der Regierung von Bern. Diese Gesellschaft verlangte von der genannten Behörde die Bewilligung, in Bern ein Magazin zur Aufbewahrung von Petroleum zu errichten und den Detailverkauf von Petroleum an Private durch Herumfahren von Petrolwagen in der Stadt und Abgabe von gefüllten Petrolkannen in die Häuser zu betreiben. Der Reg.-Rat von Bern subsumierte diesen Geschäftsbetrieb unter den Begriff des Hausierhandels und versagte auf Grund des bernischen Hausiergesetzes, welches das Hausieren mit leicht entzündbaren Stoffen verbietet, die nachgesuchte Bewilligung. Es ergab sich aber, dass die Gesellschaft die Ware nur an Abonnenten, d. h. auf feste Bestellung, liefere, ihr Handelsbetrieb sich somit nicht als Hausierhandel qualifiziere. Der Rekurs wurde demgemäss gutgeheissen. — Massgebend für die Entscheidung der bernischen Behörden war übrigens in erster Linie die Erwägung gewesen, dass der Detailhandel mit

(Fortsetzung s. S. 165.)

2) Salis, Nr. 610.

3) Salis, Nr. 574.

4) Salis, Nr. 569.

5) Wolf I 759.

6) Wolf I 317.

7) Wolf I 962.

Schreiben an die deutsche Gesandtschaft in Bern folgendermassen zusammen: «Infolge des in der Bundesverfassung vom Jahre 1874 aufgestellten Grundsatzes der Handels- und Gewerbefreiheit ist der Hausierhandel im ganzen Umfange der Eidgenossenschaft gestattet. Der Hausierer hat jedoch die in den betreffenden Kantonen, in denen er seinen Handel betreiben will, aufgestellten polizeilichen Vorschriften zu beachten. Die meisten Kantone besitzen hierüber Spezialgesetze oder Verordnungen, nach welchen zur Ausübung des Hausierhandels ein Patent der betreffenden kantonalen Amtsstelle erforderlich ist, ein Ausweis über guten Leumund verlangt wird, verschiedene Gegenstände vom Hausierhandel ausgeschlossen sind, dem Hausierer vorgeschrieben wird, dass er ohne Einwilligung des Bewohners nicht in ein Haus oder in eine Wohnung eindringe. Das Patent kann demjenigen verweigert werden, der nicht an irgend einem Orte der Schweiz niedergelassen ist» ¹⁾.

2. *Unzulässig* ist eine Besteuerung des Hausierhandels, welche im Effekt dem Verbot gleichkommt oder die freie Konkurrenz beeinträchtigt, indem sie gewisse Klassen von Gewerbetreibenden begünstigt ²⁾.

Wie die Aufnahme von Bestellungen bei Privaten, so hat man das Hausieren mit gewissen Artikeln durch hohe Steuern zu unterdrücken gesucht. Das angesessene Gewerbe wollen die Kantone durch Schutzzölle, welche in Form von kantonalen und Gemeindetaxen den Hausierhandel

Petroleum durch den Grossbetrieb der genannten Gesellschaft ruinirt werde, also ein Motiv, dessen Geltendmachung unter der Herrschaft des Art. 31 unzulässig ist. Unzweifelhaft muss auch der *Hausierhandel* mit Petroleum gestattet werden, sofern sich herausstellt, dass durch die Art des Betriebes jede Gefährdung von Personen und Sachen ausgeschlossen ist, s. oben S. 116, 117. B.-Bl. 1895 I 245 ff.

¹⁾ Salis, Nr. 627.

²⁾ S. oben S. 123.

treffen, privilegieren. Die bundesrätliche Rekurspraxis ist wohl nicht imstande gewesen, dem Grundsatz der freien Konkurrenz in diesem Punkte zur freien Entfaltung zu verhelfen. Zu einem im Sinne des Art. 31 befriedigenden Abschluss kann diese Angelegenheit nur gelangen durch Erlass eines Bundesgesetzes über die Patenttaxen der Hausierer, wozu der Bund ebensogut kompetent ist, wie zum Erlass des Bundesgesetzes betreffend die Patenttaxen der Handelsreisenden¹⁾.

Seine steuerrechtliche Praxis bezüglich des Hausierwesens fasste der Bundesrat in folgenden Sätzen zusammen: « Die Besteuerung des Hausierhandels seitens der Kantone ist verfassungsmässig zulässig, sofern sie den Grundsatz der Handels- und Gewerbefreiheit selbst nicht beeinträchtigt. Eine solche Beeinträchtigung liegt vor, wenn die Kantone fixe Ansätze aufstellen und anwenden wollen, welche ein billiges Ermessen im einzelnen Falle, eine angemessene Würdigung des Hausiergewerbes nach der Natur und dem Umfange des Geschäftes und nach der Zeit, während welcher es ausgeübt wird, nicht gestatten. Wenn aber die kantonalen Gesetze und Verordnungen ein Minimum und ein Maximum der Patenttaxen enthalten, innerhalb deren eine billige Abschätzung eines einzelnen Gewerbes möglich ist, so unterliegen dieselben grundsätzlich, vom bundesrechtlichen Standpunkt aus, keiner weiteren Kritik, es wäre denn, dass im konkreten Falle auf ein bestimmtes Gewerbe eine offenbar unbillige, unverhältnismässig hohe Taxe angewendet werden wollte »^{2) 3)}.

¹⁾ S. oben S. 121, vgl. Salis, Nr. 13.

²⁾ Salis, Nr. 615: vgl. Nr. 618, 618 a, 621—623, 625, B.-Bl. 1893 II 60.

³⁾ Einzelne kantonale Vollziehungsbehörden suchten durch Erlass von Ausführungsverordnungen, welche mit den kantonalen Gesetzen selbst im Widerspruch standen, die bundesrätliche Praxis unwirksam zu machen, s. Salis, Nr. 621, 622 a.

Mit Recht hat der Bundesrat in einem Falle den betreffenden Kanton angewiesen, die Gebühren zu gunsten der Gemeinden auf eine blosse Taxe für Kontrolle und Visum zu reduzieren.¹⁾

Der Kritik bedarf ein Erkenntnis des Bundesrates aus dem Jahre 1883. Nach dem st. gallischen Gesetz über den Marktverkehr und das Hausieren unterliegt das künstlerische Hausiergewerbe, wozu auch der Beruf eines herumziehenden Schauspielers gehört, der staatlichen Patenttaxe und einer gleich hohen Taxe zu Handen der Gemeindepolizeikasse für Visirung des Patentes. Ohne Visirung durch die Gemeindepolizeibehörde darf das Gewerbe nicht ausgeübt werden, wobei es der Behörde freisteht, das Visum zu erteilen oder zu verweigern. Den Rekurs der Direktion einer umherziehenden Schauspielerbande gegen den theatrale Vorstellungen verweigernden Bescheid des Gemeinderates irgend einer st. gallischen Gemeinde wies der Bundesrat unter folgender Motivirung ab. Es sei in den schweizerischen Kantonen bzw. Gemeinden theoretisch und praktisch von jeher anerkannter und durchgeführter Grundsatz, dass die Ausübung des Schauspielerberufes nicht als Betrieb eines Gewerbes im gewöhnlichen²⁾ Sinne des Wortes aufgefasst werden könne, weil das Bühnenspiel vor allem in moralischer und ästhetischer Richtung auf das Publikum einzuwirken bestimmt sei. Darum sei nichts dagegen einzuwenden, wenn in einer Gemeinde theatrale Aufführungen ohne vorgängige Bewilligung der zuständigen Polizeibehörde nicht stattfinden dürften, und wenn die Behörde nach freiem Ermessen, einzig von Gründen der Zweckmässigkeit geleitet, ihre diesfällige Verfügung treffe. Ob bei denjenigen, welche berufsmässig oder ausnahmsweise öffentliche Schauspiele veranstalten, die künstlerische oder

¹⁾ Salis, Nr. 622, vgl. Nr. 625 a.

²⁾ Über die Bezeichnung eines Gewerbes als eines «gewöhnlichen» s. oben S. 133.

die Absicht auf materiellen Gewinn vorwiege, habe weder für die Sache selbst, noch für die Würdigung des konkreten Falles seitens der Behörde irgendwelche Bedeutung¹⁾.

Diese Entscheidung ist ohne Zweifel unrichtig. Gar nichts weist darauf hin, dass die Ausübung des Schauspielerberufes nicht wie ein «gewöhnliches» Gewerbe zu behandeln sei. Die schauspielerische Tätigkeit verfolgt, was *rechtlich* allein in Betracht fällt, den Zweck des Erwerbes²⁾; die Gewährleistung des Art. 31 erstreckt sich aber auf jede nicht rechtswidrige Erwerbstätigkeit³⁾. Ob letztere bestimmt ist, in «moralischer und ästhetischer Richtung auf das Publikum einzuwirken», bleibt für die rechtliche Beurteilung vollkommen gleichgültig; für die Würdigung des konkreten Falles ist allein von Bedeutung, ob bei denjenigen, welche «berufsmässig oder ausnahmsweise öffentliche Schauspiele veranstalten, die Absicht auf materiellen Gewinn» gerichtet ist; um «die künstlerische Absicht» freilich haben sich die Behörden nichts zu kümmern. Dass die Tätigkeit herumziehender Schauspieler in der Regel auf Erwerb gerichtet ist, wird nicht zu bestreiten sein. Falls aber ihre Tätigkeit im Kanton St. Gallen als unsittliche betrachtet wird, so soll sie durch das Gesetz verboten werden und zwar für das ganze Gebiet des Kantons⁴⁾. Zur Zeit betrachtet der Kanton St. Gallen ihre Tätigkeit aber nicht als unsittlich, sondern er erteilt die kantonalen Patente gegen Bezahlung der Taxen und überlässt es dann der Willkür der Gemeinde-

1) Salis, Nr. 612.

2) S. oben S. 96, 98.

3) S. Salis, Nr. 528.

4) Über die Frage, ob ein solches Verbot zulässig sei, entscheiden in letzter Instanz die B.-Behörden. Das Ergebnis der Entscheidung kann nicht zweifelhaft sein.

behörden¹⁾, die Ausübung des Gewerbes in ihrem Gemeindebann zu gestatten. Bestimmungen wie die citirte st. gallische widersprechen dem Grundsatz der freien Berufsausübung, den die Bundesverfassung gewährleistet; die Praxis der Kantone²⁾ muss als eine verfassungswidrige bezeichnet werden.

VIII. Die wissenschaftlichen Berufsarten³⁾.

Sofern die wissenschaftlichen Berufsarten als Erwerb bezweckende Privattätigkeit ausgeübt werden, fallen sie unter den Begriff des Gewerbes. Es fragt sich, ob die wissenschaftlichen Berufsarten dem Prinzip der allgemeinen Gewerbefreiheit unterliegen, oder ob sie demselben durch positive Vorschrift der Bundesverfassung entzogen sind.

Von den wissenschaftlichen Berufsarten handelt die Bundesverfassung in Art. 33 und Art. 5 der Übergangsbestimmungen.

Art. 33. Den Kantonen bleibt es anheimgestellt, die Ausübung der wissenschaftlichen Berufsarten von einem Ausweise der Befähigung abhängig zu machen.

¹⁾ Die «Zweckmässigkeitsgründe», welche für ländliche Gemeindebehörden entscheidend sind, erweisen sich entweder als obrigkeitliche Fürsorge für das Seelenheil und den Geldbeutel der Einwohner oder als Schutzmassregeln gegen die Konkurrenz «Fremder». Wenn z. B. in einer Landgemeinde die örtliche Liebhabertheatergesellschaft innerhalb absehbarer Zeit sich zu produziren gedenkt, so lässt sich mit Sicherheit voraussehen, dass eine wandernde Schauspielertruppe das Visum nicht erhalten wird. Den ländlichen stehen übrigens in dieser Beziehung die städtischen Behörden nicht nach. Nach Zeitungsberichten hat der Stadtrat von Zürich im Februar 1894 den Betrieb eines Zirkus in Zürich während des Sommers 1894 nicht gestattet, weil durch die Konkurrenz das städtische Theater und die Wirtschaften der Stadt geschädigt würden.

²⁾ Vgl. Schollenberger, S. 65.

³⁾ S. oben S. 108—110; ferner S. 98.

Auf dem Wege der Bundesgesetzgebung ist dafür zu sorgen, dass derartige Ausweise für die ganze Eidgenossenschaft gültig erworben werden können.

Übergangsbestimmungen Art. 5. Personen, welche den wissenschaftlichen Berufsarten angehören, und welche bis zum Erlasse der im Art. 33 vorgesehenen Bundesgesetzgebung von einem Kantone oder von einer, mehrere Kantone repräsentirenden Konkordatsbehörde den Ausweis der Befähigung erlangt haben, sind befugt, ihren Beruf in der ganzen Eidgenossenschaft auszuüben.

1. *Das Verhältniss der wissenschaftlichen Berufsarten zu Art. 31 in der Rekurspraxis.* Durch die von Art. 33 Abs. 1 erlaubte Beschränkung der Ausübung eines bestimmten Gewerbes wurden die wissenschaftlichen Berufsarten in einen gewissen Gegensatz zu allen anderen Gewerben gebracht. Bei der Beratung der Bundesverfassung scheint man angenommen zu haben, dass dadurch die Anwendung des Art. 31 auf die wissenschaftlichen Berufsarten ausgeschlossen werde¹⁾. Die Rekurspraxis ihrerseits leidet an einer gewissen Prinzipienlosigkeit und hat es demnach nicht immer zu einem befriedigenden Ergebnis gebracht.

Jene Auffassung ist nicht haltbar. Das Recht auf Zulassung zur Ausübung wissenschaftlicher Berufsarten, sofern sie auf Erwerb gerichtet ist, steht ohne Zweifel beim Individuum. Das anerkennt die Bundesverfassung, wenn auch nur indirekt, dadurch, dass sie in Art. 33 Abs. 2 und Art. 5 der Übergangsbestimmungen jeder mit dem Fähigkeitsausweis ausgerüsteten Person die Befugnis gewährleistet, ihren Beruf im ganzen Umfang der Eidgenossenschaft auszuüben. Damit ist jede Beschränkung der Zulassung durch die Kantone, etwa durch Stellung der Bedürfnisfrage, untersagt²⁾. Das Fähigkeitszeugnis ist demnach eine *Bedingung*

¹⁾ Bulletin des Nationalrates, 1871, S. 135 ff.

²⁾ Vgl. Salis, Nr. 1635; s. unten S. 173.

der Ausübung der wissenschaftlichen Berufsarten. Es steht jedermann frei, nach Erfüllung dieser und eventuell anderer Bedingungen wissenschaftliche Berufsarten auszuüben; an der Erfüllung dieser Bedingungen darf das Individuum nicht durch staatliche Vorschriften verhindert werden. Das anerkennen sowohl das Bundesgesetz betreffend die Freizügigkeit des Medizinalpersonals als die bundesrätliche Rekurspraxis. Nach Art. 2 des citirten Bundesgesetzes wird zur Prüfung jeder Bewerber zugelassen, der den Befähigungsausweis für den ganzen Umfang einer der in Art. 1 bezeichneten medizinischen Berufsarten verlangt¹⁾. Eine Rekursalentscheidung aus dem Jahre 1886 begründete der Bundesrat folgendermassen: «In der Regel ist auch die wissenschaftliche Berufsart auf ökonomischen Erwerb gerichtet; sie fällt in diesem Sinne unter den Begriff des Gewerbes und hat daher auch Anspruch auf den Genuss der durch Art. 31 der Bundesverfassung garantirten Freiheit, immerhin mit Vorbehalt der ihres besonderen Charakters wegen vom Staate bezüglich der wissenschaftlichen Berufsarten aufgestellten organisatorischen Bestimmungen.

Wenn nun ein Kanton den Beruf der Zahnheilkunde nicht freigeben, aber auch die Bedingungen nicht feststellen wollte, unter welchen derselbe ausgeübt werden dürfe, so würde dies einer Verunmöglichung der Ausübung dieses Berufes gleichkommen²⁾ und dem Art. 31 in Verbindung mit Art. 33 der Bundesverfassung zuwiderlaufen »³⁾.

Was hier von der Zahnheilkunde gesagt, ist auf alle wissenschaftlichen Berufsarten anwendbar. Jedes Individuum

¹⁾ Wolf I 875.

²⁾ Es handelt sich hier nicht um ein allgemeines Berufsverbot, sondern um die Ausschliessung eines Einzelnen von der Berufsausübung. — Was «die vom Staate aufgestellten organisatorischen Bestimmungen» betrifft, so wird davon unten die Rede sein.

³⁾ Salis, Nr. 587.

hat einen Anspruch auf Zulassung zur Ausübung jeder wissenschaftlichen Berufsart.

Des zünftlerischen Charakters, welcher nach der bundesrätlichen Botschaft vom 17. Juni 1870¹⁾ dem Befähigungsausweis anhaften soll, entbehrt dieser vollständig. Er soll nicht die Geprüften vor Konkurrenz schützen, sondern wird im öffentlichen Interesse verlangt und bildet eine Beschränkung der Ausübung, die für alle gleich ist. Der Befähigungsausweis qualifiziert sich somit als eine *rein polizeiliche Beschränkung*, mit andern Worten, die Verfügungen über Gewerbeausübung, welche Art. 31 litt. e ganz allgemein, ohne Ansehung des Gewerbes, gestattet, haben für gewisse Erwerbszweige nach deren Eigentümlichkeit eine Spezialisierung erfahren. Art. 33 Abs. 1 ist als eine Ergänzung der litt. e zu betrachten, freilich als eine notwendige; denn ohne besondere Ermächtigung der Bundesverfassung dürften sich die Kantone diese Inkonsequenz in der Behandlung der verschiedenen Erwerbsarten, welche *tatsächlich* eine erhebliche Beschränkung der freien Konkurrenz nach sich zieht, nicht gestatten²⁾.

Neben dem speziell bewilligten Ausweis über die *geistige* Qualifikation mögen die Kantone nach Massgabe des Art. 31 litt. e die Bewilligung zur Ausübung vom Besitz *moralischer* Qualitäten abhängen lassen. Die Erfordernisse persönlicher Natur sind, soweit wenigstens aus der Rekurspraxis ersichtlich ist, nicht strengerer Art, als bei einer Reihe anderer Erwerbszweige, vor allem auf dem Gebiete des Wirtschaftswesens. — Die Kantone sind, wie überall, auch hier befugt, Vorschriften über den Gewerbebetrieb zu erlassen³⁾.

1) B.-Bl. 1870 II 67.

2) Weitere Bedeutung als eben die Erlaubnis, die Ausübung gewisser Berufsarten von der Erfüllung einer besonderen Bedingung abhängig zu machen, kommt Art. 33, Abs. 1 nicht zu; andere Ansicht s. Salis, Nr. 1636, Anm. 1.

3) Salis, Nr. 1622, 1636.

Was die *medizinischen Berufsarten* anbelangt, so bringt die Rekurspraxis grundsätzlich das Prinzip der Gewerbefreiheit zur Anwendung; die wenigen Bemerkungen, welche in einzelnen Entscheidungen auf die angebliche durch Art. 33 begründete Sonderstellung hinweisen, sind mehr platonischer Natur. Wenn aber, was wir für richtig halten, die Bundesbehörden das Prinzip der Gewerbefreiheit ihren Entscheidungen zu Grunde legen, so dürfen sie den Konsequenzen des Prinzips ihre Anerkennung nicht versagen; hier aber mangelt der Praxis die Folgerichtigkeit. So hat der Bundesrat das Konzessionssystem, welches bezüglich des Apothekergewerbes z. B. in Basel und Zürich herrschend war, unter folgender Motivierung beseitigt: «Die Ausübung des Apothekerberufes fällt unter die Bestimmungen der Bundesverfassung über die Gewerbefreiheit (Art. 31), und es kann daher von den Kantonen im einzelnen Fall die Frage nicht erhoben werden, ob die Errichtung einer Apotheke ein öffentliches Bedürfnis ist»¹⁾. Wenn jedoch der Grundsatz der Gewerbefreiheit massgebend sein soll, so muss man die Folgerungen, welche Orelli aus der Freigebung dieses Berufes zieht, als gerechtfertigt betrachten. Orelli führt folgendes aus: «Die Lasten und die Pflichten, welche die kantonalen Medizinalgesetze den Apothekern auflegen, müssen fallen. Man wird sie nicht mehr verpflichten können, von allen in der Pharmakopoe enthaltenen Medikamenten, auch von solchen, die wenig verlangt werden, beständig einen Vorrat zu halten; auch die Taxen, die bis jetzt den Apothekern vorgeschrieben waren, werden dahinfallen müssen. In keiner Beziehung mehr dürfen die Apotheken ein gebundenes Gewerbe sein; vollste Freiheit, Waren anzuschaffen wie es ihnen beliebt, und sie so teuer

¹⁾ Salis, Nr. 589, 1635; vgl. oben S. 138 ff.

wieder zu verkaufen, als die Konkurrenz ratsam erscheinen lässt, müsste den Apothekern zugestanden werden » ¹⁾ ²⁾).

Mit Unrecht hat der Bundesrat diese Folgerungen ignoriert. So hat er einen Beschluss des waadtländischen Staatsrates, durch welchen Wein, Bier, Weingeist und andere alkoholische Getränke aus der Liste der Stoffe, welche die Apotheker verkaufen dürfen, gestrichen wurden, gutgeheissen ³⁾).

Eine Unterscheidung mit Bezug auf *Staatsangehörigkeit* oder *Geschlecht* der Individuen ist *unzulässig* ⁴⁾). In der Tat steht der Ausübung der medizinischen Erwerbstätigkeit durch *Frauenspersonen* nach Art. 1 und 2 des Bundesgesetzes betreffend die Freizügigkeit des schweizerischen Medizinalpersonals nichts im Wege ⁵⁾). Inkonsequent ⁶⁾ ist das Verfahren gegenüber den *Ausländern* ⁷⁾). Diesen wird zwar, wenn sie die eidgenössische Medizinalprüfung bestanden haben, ein eidgenössisches Diplom ausgestellt, jedoch mit Aufnahme eines Vorbehaltes in das Diplom bezüglich der Leistung des Nachweises, dass Schweizerbürgern unter gleichen Umständen in den betreffenden ausländischen Staaten die Ausübung des ärztlichen Berufes gestattet werde. Ausländern, welche sich zur Prüfung

¹⁾ V. Orelli, die Stellung der Pharmacie zu Art. 31 der B.-V., Gutachten zu Handen der B.-Versammlung, 1881, S. 15.

²⁾ Vgl. oben S. 112, 114.

³⁾ Salis, Nr. 590; vgl. aber jetzt Art. 31 litt. c. Die vollen Konsequenzen aus der Freigebung des Apothekergewerbes scheint einzig Glarus zu ziehen, wenigstens hat dieser Stand die schweiz. Landespharmakopoe nicht angenommen, Hilty, politisches Jahrbuch der schweiz. Eidgenossenschaft, 8. Jahrg. 1893, S. 389.

⁴⁾ S. oben S. 103 ff.

⁵⁾ Wolf I 875.

⁶⁾ aber möglicher Weise infolge der z. Z. bestehenden Verhältnisse zweckmässig.

⁷⁾ Vgl. noch Niederlassungsvertrag zwischen der Schweiz und Spanien vom 14. November 1879, Art. 1 Abs. 3, Wolf II 444.

melden, wird jeweilen von diesem Vorbehalt Kenntnis gegeben¹⁾. Ferner wird nach Art. 39 der Verordnung für die eidgenössischen Medizinalprüfungen vom 19. März 1880 von Ausländern das Doppelte der betr. Gebühren erhoben, solange nicht auf dem Vertragswege anderes bestimmt ist²⁾. Die Anwendung dieser Bestimmung lässt sich jedenfalls nicht rechtfertigen gegenüber Ausländern, welche den soeben erwähnten Ausweis des Gegenrechtes zu erbringen imstande sind³⁾.

Wesentlich anders verhält sich die Praxis bezüglich der Ausübung der *advokatorischen Tätigkeit*, welche neben der medizinischen überhaupt die einzige wissenschaftliche Berufsart ist, für welche sich eine Rekurspraxis gebildet hat. Unsererseits halten wir auch hier das Erfordernis des Befähigungsausweises für irrelevant für die Entscheidung der Frage, ob die Ausübung der Tätigkeit des Rechtsanwaltes dem Prinzip der Gewerbefreiheit unterliege. Wir betrachten auch hier den Besitz eines Fähigkeitszeugnisses als Bedingung der Gewerbeausübung. Entscheidend ist vielmehr die Frage, ob die Tätigkeit des Anwaltes sich als *amtliche* oder als *Privattätigkeit* darstellt. Sofern ihr amtlicher Charakter zukommt, was einzig nach den kantonalen Gesetzen beurteilt werden kann, so fällt sie nicht unter den Begriff «Gewerbe» und demnach nicht unter das Prinzip der Erwerbsfreiheit⁴⁾.

1) Salis Nr. 1631.

2) Wolf I 883.

3) Für die Behauptung, dass wissenschaftliche Berufsarten, deren Ausübung vom Staate an bestimmte Fähigkeitsausweise geknüpft ist, allgemein als nicht unter den Begriff des «Gewerbes» fallend angesehen werden, ist der B.-R. den Beweis schuldig geblieben. Vermutlich war wieder einmal der Begriff des «gewöhnlichen» Gewerbes für die Entscheidung massgebend, Salis, Nr. 1650.

4) S. oben S. 96.

Um das Verhältnis der advokatorischen Tätigkeit zu Art. 31 festzustellen, muss in erster Linie die Frage beantwortet werden, inwiefern diese Tätigkeit amtlichen Charakter besitzt.

Laband, welcher die rechtliche Ordnung der Rechtsanwaltschaft im Deutschen Reiche vom Standpunkt des Staatsrechtes behandelt¹⁾, macht auf die eigentümliche Doppelstellung des Rechtsanwaltes infolge der jetzigen Organisation der deutschen Rechtsanwaltschaft durch die Reichsprozessordnungen und die Rechtsanwaltsordnung aufmerksam. «In dem Berufe des Rechtsanwalts sind zwei Stellungen verbunden, die sonst ganz getrennt sind, ja meistens unvereinbar scheinen, nämlich die *Wahrnehmung eines öffentlichen Amtes* und der *Betrieb eines Privatgewerbes*; freilich decken sich beide nicht vollkommen; das Geschäft des Rechtsanwaltes umfasst auch vieles andere als die Ausübung öffentlichrechtlicher Funktionen, aber immerhin bildet diese den wichtigsten Teil seines Gewerbes.

Der Rechtsanwalt hat ein öffentliches Amt und ist doch kein Beamter²⁾; er versieht sein Amt nicht kraft einer *Dienstpflicht*, sondern er macht aus der Wahrnehmung der zu seinem Amte gehörenden Geschäfte ein *Gewerbe*. Auch sind die den Inhalt seiner Amtstätigkeit bildenden Geschäfte nicht Staatsgeschäfte im strikten Sinne; sie gehören nicht zur Verwaltung der staatlichen Herrschaftsrechte, zur unmittelbaren Verwirklichung der staatlichen Aufgaben; der Rechtsanwalt hat überhaupt nicht Geschäfte des Staates als eines individuellen Rechtssubjekts wahrzunehmen, wohl aber Geschäfte, die in der *objektiven* Rechtsordnung des Staates als notwendig zur Durchführung der staatlichen Aufgaben vorausgesetzt und begründet sind.

¹⁾ Laband, 2. Bd., S. 417 ff.

²⁾ Laband, 1. Bd., S. 404 ff.

Die Prozessordnungen des Reiches setzen nämlich die Teilnahme von Rechtsanwälten an der Führung der Prozesse voraus¹⁾ Dass bei den Gerichten Rechtsanwälte zugelassen sind, dass überhaupt Personen vorhanden sind, welche als rechtsverständige Prozessbevollmächtigte, Anwälte und Verteidiger sich mit der Vertretung der Parteien und der Wahrnehmung ihrer rechtlichen Interessen befassen, wird in den Prozessordnungen als selbstverständlich vorausgesetzt. Nur unter dieser Annahme sind die Vorschriften der Prozessordnungen durchführbar; die staatliche Aufgabe der Handhabe des Rechtsschutzes soll und kann nach Massgabe des bestehenden Rechtes nur unter Mitwirkung von Rechtsanwälten realisiert werden. Die berufsmässige Tätigkeit der Rechtsanwälte ist demnach für den Staat notwendig; sie ist ein durch die staatliche Rechtsordnung selbst erforderter Faktor der Rechtspflege, und man kann daher die Rechtsanwaltschaft in derselben Weise wie die Staatsanwaltschaft als eine Institution ansehen, welche einen Bestandteil der *Gerichtsverfassung* im weiteren Sinne bildet. Zwar lässt sich von fast allen Berufsarten und Gewerben sagen, dass sie für die gedeihliche Entwicklung und das Bestehen des Staates notwendig oder nützlich sind, aber während die übrigen Gewerbe wirtschaftlichen oder gesellschaftlichen Bedürfnissen dienen, hat der Rechtsanwalt sein Arbeitsfeld auf einem Gebiete, das ganz eigentlich zur Entfaltung der *wesentlichsten Staatstätigkeit* dient; er ist ein *Mitarbeiter an der Rechtspflege*. In *diesem* Sinne sind die Berufsgeschäfte des Rechtsanwalts als ein *öffentliches Amt* zu bezeichnen. Hieraus ergeben sich aber zahlreiche Konsequenzen. Der Staat, welcher die Funktion des Rechtsanwalts dem System seines Gerichtswesens einverleibt, muss auch die Garantien

¹⁾ R. C. P. O. § 74, R. St. P. O. §§ 138, 144.

dafür haben, dass diese Tätigkeit den von ihm gestellten Anforderungen entspreche. Er muss daher die *Bedingungen normiren*, unter welchen er Jemanden zur Berufsausübung *zulässt*, er muss über die Amtsführung der Rechtsanwälte eine gewisse Aufsicht führen, eine Disciplinargewalt organisiren, unter gewissen Voraussetzungen auch die Entfernung aus dem Amte ermöglichen; er kann ferner den Rechtsanwälten gewisse spezielle *Amtspflichten* auferlegen. Ja, es kann dieser Gesichtspunkt so weit festgehalten werden, dass die Rechtsanwälte geradezu wie *Staatsbeamte* behandelt, von der Regierung für bestimmte Stellen ernannt, versetzt, entlassen werden u. s. w.

Andererseits kann man davon ausgehen, dass wenngleich die Tätigkeit der Rechtsanwaltschaft im Ganzen einen integrierenden Bestandteil der öffentlichen Rechtspflege bildet, doch im einzelnen Falle die Arbeit des Rechtsanwalts im Interesse der Privatpersonen gegen *Entgelt* in Anspruch genommen wird, und dass sie nicht Staatsgeschäfte im eigentlichen Sinne versehen, sondern *für eigene Rechnung Kunden Dienste leisten*. Von diesem Gesichtspunkt aus erscheint die Praxis des Rechtsanwalts als eine *gewerbliche* Tätigkeit, bei welcher der Staat nicht direkt interessirt ist, sondern für welche er nur die Bedingungen des *Betriebs* normirt. Von dieser Grundlage aus gelangt man zu dem sog. System der freien Advokatur, und die Rechtsanwaltsordnung ist alsdann lediglich ein besonderer Teil der *Gewerbeordnung*. »

Die Reichsgesetzgebung hat nun nicht eines der beiden Systeme angenommen und durchgeführt, sondern einen Mittelweg eingeschlagen. « Sie hat die Rechtsanwaltschaft in einer Weise geordnet, die äusserst komplizirt ist, weil sie zum Teil den *Amtscharakter* der Rechtsanwaltschaft und die demselben entsprechenden Hoheitsrechte der Einzelstaaten, zum Teil die Freiheit des *Gewerbebetriebs* zur Grundlage genommen hat Die

Rechtsanwaltsordnung ist ebenso wohl eine Ergänzung des Gerichtsverfassungsgesetzes als der Gewerbeordnung».

Die Schweiz besitzt keine gemeinsamen Prozessordnungen und keine gemeinsame Rechtsanwaltsordnung. Zum Erlass von Vorschriften über die Vertretung und Verbeiständung vor Gericht sind allein die Kantone befugt.

Falls in den schweizerischen Kantonen ein System Geltung hätte, wonach die Anwälte als *Staatsbeamte* behandelt würden, so würden die Kantone für ihre Gerichte eine bestimmte Anzahl von Anwälten ernennen, deren Tätigkeit dann natürlich auf das kantonale Gebiet beschränkt wäre.

Dieses System, insofern es überhaupt einmal Geltung gehabt hat, ist infolge der Bestimmungen des Art. 5 der Übergangsbestimmungen in den Kantonen unmöglich geworden. Die Freizügigkeit der wissenschaftlichen Berufsarten bewirkt jedenfalls, dass die Zahl der Anwälte, welche vor Gericht als Prozessbevollmächtigte und Rechtsbeistände auftreten wollen, nicht beschränkt werden darf. Wie die Verhältnisse nun einmal liegen, besteht, wie mir scheint, in den Kantonen, welche überhaupt der Tätigkeit der Rechtsanwälte den Amtscharakter beilegen, tatsächlich ein *gemischtes* System, demjenigen ähnlich, welches nach Labands Ansicht die Prozessordnungen und die Rechtsanwaltsordnung für das Deutsche Reich geschaffen haben ¹⁾.

Demgemäss wäre die Anwendbarkeit des Art. 31 auf die Tätigkeit des Anwalts ausgeschlossen. Dieser Annahme

¹⁾ Möglicherweise hat schon vor 1874 in denjenigen Kantonen, deren Prozessordnungen die Teilnahme von Advokaten an der Führung der Prozesse voraussetzen, ein gemischtes System bestanden, nach welchem zwar zur Ausübung des Anwaltsberufes jeder geprüfte Kantonsbürger und Niedergelassene zugelassen war, nach welchem aber doch ein Teil der Geschäfte des Anwalts als Ausübung öffentlichrechtlicher Funktionen angesehen wurde; nunmehr ist es eine notwendige Folge des Art. 5 der Übergangsbestimmungen, dass dieses System in allen Kantonen, welche die Tätigkeit des Anwalts als eine amtliche anerkennen, angewendet werden *muss*.

scheint jedoch die Bundesverfassung zu widersprechen. Sie sichert den Personen, welche wissenschaftlichen Berufsarten angehören und den Ausweis der Befähigung erlangt haben, die Befugnis zu, ihren Beruf in der ganzen Eidgenossenschaft auszuüben. Nun haben wir die Annahme, auf die wissenschaftlichen Berufsarten sei Art. 31 nicht anwendbar, verworfen, von der Ansicht ausgehend, der Ausweis bedeute eine Beschränkung nur der *Ausübung* wissenschaftlicher Berufsarten, welche das individuelle Recht auf Zulassung zu denselben nicht berührt, und haben gesehen, dass die Praxis bezüglich der medizinischen Berufsarten dies anerkennt. Da die Bundesverfassung schlechtweg von wissenschaftlichen Berufsarten spricht, so liesse sich auf den ersten Blick vermuten, die Ausübung des Anwaltsberufes sei ebenfalls allein an den Besitz des Befähigungsausweises geknüpft, zu dessen Erlangung Jedermann zugelassen sei, wie dies bei den medizinischen Berufsarten der Fall ist. Die Bundesverfassung und die Praxis haben aber hier zwei ganz verschiedene Dinge zusammengeworfen, indem sie sich des Unterschiedes zwischen der auf *Erwerb* gerichteten *Privattätigkeit* des *Mediziners*, die dem Art. 31 unterliegt, und der Verrichtung *öffentlichrechtlicher Funktionen* des *Anwalts*, die *nicht* auf Erwerb gerichtet ist, nicht genügend bewusst waren ¹⁾. Gerade der Umstand, dass die Anwalts-tätigkeit auch Wahrnehmung amtlicher Funktionen umfasst, bewirkt, dass die Anwendbarkeit des Art. 31 ausgeschlossen ist. Nicht wegen des Erfordernisses des Befähigungsausweises ist Art. 31 nicht anwendbar; vielmehr darf umgekehrt der Ausweis gefordert werden, weil Art. 31 nicht massgebend ist. Der Anwaltsberuf ist also nicht

¹⁾ Daher kommen die Bestrebungen der Praxis, den wissenschaftlichen Berufsarten insgesamt eine Sonderstellung zuzuweisen, was aber nicht hinderte, dass bezüglich der medizinischen Berufsarten Art. 31 doch zur Anwendung kam; was den Anwaltsberuf betrifft, so begnügt sich die Praxis damit, die Nichtanwendbarkeit des Art. 31 zu konstatieren, vgl. Salis, Nr. 1636.

im Sinne des Art. 31 freigegeben, sondern nur im Sinne des Art. 5 der Übergangsbestimmungen, d. h. soweit die garantierte Freizügigkeit der wissenschaftlichen Berufsarten einzuwirken vermag ¹⁾).

Demgemäss sind die Kantone befugt, die Bedingungen der *Zulassung* zur Ausübung des Anwaltsberufes festzusetzen. Die kantonalen Gesetze mögen, ohne dass sich vom bundesrechtlichen Standpunkt dagegen etwas einwenden lässt, Frauenspersonen, Bevormundete, fremde Staatsangehörige u. s. w. von der *Zulassung* zu diesem Berufe *ausschliessen*. Was die *Ausübung* betrifft, so dürfen die Kantone nach ihrem Belieben Vorschriften aufstellen, welche, wie die Festsetzung von Taxen, mit dem Grundsatz der freien Konkurrenz nicht im Einklange stehen; vor allem sind sie befugt, den Besitz von Fachkenntnissen zu verlangen. Gewisslich steht auch nichts entgegen, dass die Kantone die *korporative Organisation des Anwaltsstandes* anordnen.

Die kantonalen Gesetze dürfen ferner den Anwälten *Amtspflichten* überbinden; sie haben zu bestimmen, in welcher Weise über die Amtsführung der Anwälte die Aufsicht geführt werden solle u. s. w.

¹⁾ Es lässt sich auch denken, dass in irgend einem Kanton der Befähigungsausweis gefordert wird, wenn schon der Berufstätigkeit des Advokaten kein amtlicher Charakter zukommt. Dann ist letztere im Sinne des Art. 31 freigegeben und der Ausweis qualifiziert sich als eine durch Art. 33 Abs. 1 speziell bewilligte Bedingung der *Gewerbeausübung*. Praktisch wird dies Verhältnis kaum vorkommen, denn wenn zur Vertretung und Verbeiständung vor Gericht nur auf Grund einer staatlichen Prüfung diplomirte Anwälte zugelassen werden, so setzen eben die Prozessordnungen die Teilnahme von Rechtsanwälten an der Führung der Prozesse voraus; ihre berufsmässige Tätigkeit erscheint dann als «ein durch die staatliche Rechtsordnung erforderter Faktor der Rechtspflege». *Praktisch* bedeutet deshalb für die advokatorische Tätigkeit der Befähigungsausweis allerdings eine Ausnahme vom Prinzip der Gewerbefreiheit, oder richtiger gesagt, letzteres vermag sich nur in einzelnen Wirkungen zu äussern.

In einzelnen Kantonen wird der berufsmässigen Tätigkeit der Rechtsanwälte ein amtlicher Charakter *nicht* beigemessen. Die Anwälte haben keine Amtspflichten zu erfüllen, sondern sind lediglich *Gewerbetreibende*. Ihr Gewerbe als eine auf Erwerb gerichtete Privattätigkeit fällt dann mit Notwendigkeit unter die Herrschaft des Art. 31. In diesem Falle hat der Staat nicht die Bedingungen der Zulassung zur Anwaltschaft zu normieren, sondern er ist allein befugt, *polizeiliche* Vorschriften über die *Ausübung* zu erlassen, welche gemäss Art. 31 litt. e den Grundsatz der Gewerbefreiheit nicht beeinträchtigen dürfen. Das äussere Merkmal dieser Freigebung der Advokatur wird regelmässig¹⁾ darin bestehen, dass die Berufsausübung nicht an den Besitz wissenschaftlicher Fachkenntnisse geknüpft ist²⁾. Es geht aber schon aus der Existenz des Art. 33 Abs. 1, welcher nach der Meinung der Urheber der Bundesverfassung zum Erlass von den Grundsatz der Gewerbefreiheit beeinträchtigenden Verfügungen ermächtigt, hervor, dass jedenfalls in denjenigen Kantonen, welche von der Ermächtigung des Art. 33 keinen Gebrauch machen, die wissenschaftlichen Berufsarten dem allgemeinen Prinzip der Erwerbsfreiheit unterworfen sein sollten.

Die Rekurspraxis hat den Unterschied zwischen advokatorischer Tätigkeit, welche amtliche Funktionen umfasst, und solcher, welche lediglich Gewerbebetrieb ist, ignorirt. In einer Entscheidung vom Jahre 1885 spricht sich der Bundesrat über das Verhältnis der Advokatur zu

¹⁾ Auch wo der Anwaltstätigkeit kein amtlicher Charakter zukommt, worüber allein die kantonalen Gesetze Auskunft geben können, darf die Ausübung doch an den Besitz des Befähigungsausweises geknüpft werden; in diesem Falle nimmt sie die gleiche Stellung wie die medizinischen Berufsarten ein.

²⁾ Dem Berufe kommt dann überhaupt der Charakter einer wissenschaftlichen Berufsart nicht zu.

den Art. 31 und 33 in folgenden Sätzen aus: «Der wissenschaftliche Charakter der Advokatur steht ausser allem Zweifel, und es kann diesfalls einfach darauf hingewiesen werden, dass die Advokatur, d. h. die Beistandsleistung und Vertretung in gerichtlichen Angelegenheiten, bei allen Völkern mit ausgebildeter Rechtsordnung zum Beruf einer eigenen Klasse von Rechtsverständigen geworden ist. Demgemäss ist die Ausübung der Advokatur nicht wie diejenige eines gewöhnlichen Berufes oder Gewerbes gemäss dem verfassungsrechtlichen Grundsatz der Handels- und Gewerbefreiheit freizugeben, sondern es ist den Kantonen nach Art. 33 der Bundesverfassung anheimgestellt, die Ausübung der Advokatur von einem Ausweise der Befähigung abhängig zu machen. Ebenso muss es in der Befugnis der Kantone liegen, die Advokatur als besonderen Berufsstand in einer durch das öffentliche Wohl erforderten Weise zu organisiren».

Vom juristischen Standpunkt lässt sich mit diesen Ausführungen nicht viel anfangen. Ob die Advokatur bei allen Völkern mit ausgebildeter Rechtsordnung zum Beruf einer eigenen Klasse von Rechtsverständigen geworden ist oder nicht, was doch wohl heissen will, dass bei diesen Völkern ausschliesslich Rechtsverständige den Anwaltsberuf ausüben, bleibt, ganz abgesehen davon, dass diese Behauptung mit den Tatsachen im Widerspruch steht, vollkommen gleichgültig für die Beurteilung der Frage, ob auf den Beruf des Anwalts Art. 31 anwendbar sei.

Die citirten Sätze haben zudem eine merkwürdige Verwertung gefunden. Nach § 174 des Rechtspflegegesetzes des Kantons Zürich können die Parteien in Civilsachen entweder selbst handeln oder sich durch eine andere im Besitz des Aktivbürgerrechtes befindliche Person vertreten oder verbeistanden lassen; nach § 175 desselben Gesetzes kann in Strafsachen der Angeklagte jeden im Besitze des Aktivbürgerrechtes befindlichen Handlungsfähigen als

Rechtsbeistand zuziehen. Nach der Auslegung der zürcherischen Behörden ist dieses Erfordernis des Aktivbürgerrechtes gleichbedeutend mit der Fähigkeit zur Ausübung der verfassungsmässigen und gesetzlichen politischen Rechte und zur Bekleidung öffentlicher Ämter. Demgemäss hatte das zürcherische Obergericht einen Ausländer nicht als Advokat zu Parteivorträgen vor Gericht zugelassen. Den staatsrechtlichen Rekurs gegen den obergerichtlichen Beschluss wies der Bundesrat ab, weil durch Aufstellung des Erfordernisses des Aktivbürgerrechtes der Kanton Zürich bloss von seinem Rechte gemäss Bundesverfassung Art. 33 Gebrauch gemacht habe. Die Vorschrift verstosse keineswegs gegen das Bundesrecht, sie bezwecke vielmehr, die den Parteivertretern und Rechtsbeiständen innewohnenden persönlichen Garantien zu erhöhen; sie sei an und für sich sehr wohl gerechtfertigt und werde auch durch Art. 33 der Bundesverfassung vollständig gedeckt¹⁾. Die Entscheidung des Bundesrates scheint mir, auch vom Standpunkt der obigen Ausführungen, völlig verfehlt. Alle jene Voraussetzungen treffen nicht zu. Das zürcherische Gesetz organisirt die Advokatur keineswegs als besonderen Berufsstand in einer durch das öffentliche Wohl geforderten Weise. Die Beistandleistung und Vertretung in gerichtlichen Angelegenheiten ist im Kanton Zürich nicht zum ausschliesslichen Beruf einer eigenen Klasse von Rechtsverständigen geworden; denn ein Befähigungsausweis wird nicht gefordert, vielmehr dürfen sich mit jenen Angelegenheiten auch Personen befassen, die nicht Rechtsverständige im wissenschaftlichen Sinne sind, so dass es ausser allem Zweifel steht, dass das zürcherische *Gesetz* der Advokatur einen

¹⁾ Salis, Nr. 1639.

wissenschaftlichen Charakter nicht beilegt¹⁾. Entscheidend ist aber, dass letzteres den Berufsgeschäften des Anwalts keinen amtlichen Charakter zuweist, sondern diesen Beruf vom Gesichtspunkt des Gelderwerbes betrachtet, d. h. als eine gewerbliche Tätigkeit, um welche sich der Staat, weil kein öffentliches Interesse im Spiel liege, weiter nicht zu kümmern habe. Erforderlich ist nach dem Gesetz einzig der Besitz des Aktivbürgerrechtes, und gerade dieses Erfordernis ist hier wie bei jeder anderen auf Erwerb gerichteten Privattätigkeit unzulässig, weil dadurch Ausländer und Frauenspersonen ausgeschlossen werden. Zur Ausübung der Anwaltspraxis muss aber unter so bewandten Umständen Jedermann zugelassen werden, ohne Unterschied der Staatsangehörigkeit, des Geschlechtes u. s. w.²⁾. Zulässig sind hier einzig Verfügungen über Ausübung der Gewerbe im Sinne von Art. 31 litt. e, also z. B. die Vorschrift, dass zur Ausübung advokatorischer Tätigkeit der Besitz der bürgerlichen Ehren und Rechte notwendig sei.

Rekapitulation. Das individuelle Recht auf Zulassung zu jeder auf *Erwerb* gerichteten *Privattätigkeit* erstreckt sich auch auf die *wissenschaftlichen Berufsarten*; dagegen unterliegt deren *Ausübung* ausnahmsweisen Beschränkungen laut Art. 33 Abs. 1.

Die Ausübung *medizinischer* Berufsarten ist regelmässig auf *Erwerb* gerichtete *Privattätigkeit* und ist demnach den Konsequenzen des Art. 31 unterworfen. Die Tätigkeit des *Anwalts* jedoch besitzt nach den Gesetzen einzelner

¹⁾ Die Freizügigkeit ist nur den *wissenschaftlichen* Berufsarten garantirt; gerade der *zürch.* Advokat kann sie nicht beanspruchen, da er keinen Ausweis über seine wissenschaftliche Befähigung im Sinne des Art. 5 zu produziren im Stande ist.

¹⁾ S. oben S. 103 ff.

Kantone *amtlichen* Charakter; das individuelle Recht kann demgemäss hier nicht angerufen werden ¹⁾).

Diejenigen Kantone, in welchen die medizinische und die juristische Praxis ohne Befähigungsausweis ausgeübt werden kann, anerkennen diese Tätigkeiten nicht als wissenschaftliche Berufsarten; die Ausnahmestellung, welcher sie bezüglich ihrer Ausübung infolge Art. 33 Abs. 1 durch die kantonale Gesetzgebung unterworfen werden dürfen, existiert hier nicht und demgemäss kommt einzig Art. 31 zur Anwendung ²⁾).

2. *Die Freizügigkeit der wissenschaftlichen Berufsarten.*
Die Freizügigkeit der wissenschaftlichen Berufsarten ist nichts anderes als die Ausdehnung des individuellen Rechts des Art. 31 auf die wissenschaftlichen Berufsarten. Da in der Mehrzahl der Kantone für die gewerbliche Ausübung wissenschaftlicher Berufsarten Befähigungsausweise gefordert werden, ist die Vorschrift der Bundesverfassung notwendig, dass die Kantone, falls sie von der Befugnis des Art. 33 Gebrauch machen, gewisse Befähigungsausweise anerkennen

¹⁾ Aber nur die Vertretung und Verbeiständung vor *Gericht* charakterisiert sich als amtliche Tätigkeit. Die *konsultative* Praxis ist auch in den Kantonen mit «organisierter Rechtsanwaltschaft» nach Art. 31 freigegeben. Vogt, Kolleg.-Heft, W. S. 1891/92.

²⁾ Herr Prof. Dr. G. Vogt gelangt, von einem andern Gesichtspunkt ausgehend, zu folgendem Schluss: Die Prozessgesetzgebung darf bestimmen, unter welchen Bedingungen Jemand, der nicht Prozesspartei ist, an den gerichtlichen Verhandlungen mitzuwirken befugt ist; das ist *Rechtspflege*, nicht *Gewerbeordnung*.

Somit wäre das Prinzip des Art. 31 auf die Vertretung und Verbeiständung vor Gericht überhaupt nicht anwendbar, weil dieser Tätigkeit der Charakter einer gewerblichen nicht zukäme; sie wäre vielmehr als Faktor der Rechtspflege zu betrachten. Die Prozessgesetzgebung ist aber ausschliesslich Sache der Kantone. Demzufolge wäre doch wohl auch die Anwendbarkeit von Art. 5 der Übergangsbestimmungen auf die advokatorische Tätigkeit ausgeschlossen. Art. 5 garantiert aber die Freizügigkeit allen Personen, welche den wissenschaftlichen Berufsarten angehören, d. h. er will diesen Personen ermöglichen, ihre Erwerbstätigkeit im ganzen Umfange der Eidgenossenschaft und ohne Rücksicht auf kantonale Grenzen auszuüben. Unser *positives* B.-Staatsrecht legt demnach der

müssen ¹⁾. Es sind dies die in Art. 33 Abs. 2 und Art. 5 der Übergangsbestimmungen genannten Ausweise. Die in letzterem Artikel bezeichneten Ausweise sind *kantonale*; aus Zweckmässigkeitsgründen ist der Bund beauftragt worden, auf dem Wege der Bundesgesetzgebung dafür zu sorgen, dass *eidgenössische* Befähigungsausweise, welche zur Ausübung der Praxis im ganzen Umfang der Eidgenossenschaft berechtigen, gültig erworben werden können.

Die Beantwortung der Frage, welche Berufsarten als wissenschaftliche gelten sollen, auf welche Berufsarten also Art. 33 anwendbar sei, überlässt die Bundesverfassung der Gesetzgebung des Bundes und der Kantone. Gegen Missbrauch dieser Lizenz durch die Kantone, z. B. wenn diese einer Berufsart wissenschaftlichen Charakter beilegen, welcher ihr nach allgemeiner Ansicht nicht zukommt, steht ohne Zweifel der Rekurs an die Bundesbehörden offen ²⁾.

In Ausführung des Art. 33 sind die Bundesgesetze vom 19. Christmonat 1877 und 21. Dezember 1886 betreffend die Freizügigkeit des Medizinalpersonals in der schweizerischen Eidgenossenschaft erlassen worden. Als Medizinal-

Tätigkeit des Anwalts einen *gewerblichen* Charakter bei und ermöglicht dadurch diesen Eingriff in das den Kantonen reservierte Gebiet der Rechtspflege.

Wenn nun auch freilich anzuerkennen ist, dass die oben angeführte Ansicht des Herrn Prof. Vogt vom Standpunkt des *kantonalen* Rechts als richtig erscheinen mag, so ist auf der andern Seite zu betonen, dass infolge der Vorschrift des Art. 5 der Übergangsbestimmungen jene Ansicht modifiziert werden muss. Das Resultat ist dann jene Mischung prozessrechtlicher und gewerbe-rechtlicher Elemente, welche nach Laband die Tätigkeit des Anwalts charakterisiert. In den ost- und zentralschweizerischen Kantonen zeigt übrigens die *advokatorische* Tätigkeit entschieden alle Merkmale eines *Gewerbebetriebes*. Diesen Charakter teilte ihr übrigens auch der zürch. Gesetzgeber zu, vgl. Rechtspflege-gesetz des Kt. Zürich vom 2. Christmonat 1874 § 1198 und Sträulis Kommentar hiezu, Anm. 2; nur sind die Schlussfolgerungen, welche er in den §§ 174 u. 175 des cit. Gesetzes zieht, unrichtig, vgl. oben S. 183. — Was die aussergerichtliche (konsultative) Tätigkeit des Advokaten anbelangt, so verbleibt es hier jedenfalls bei der S. 186, Anm. 1 vertretenen Ansicht.

¹⁾ Salis, Nr. 1625, 1626, 1633, 1637—1638.

²⁾ Vgl. Salis, Nr. 1623, 1624, 1644; vgl. ferner Nr. 1640.

personal im Sinne des Gesetzes gelten Ärzte, Zahnärzte, Tierärzte und Apotheker ¹⁾. — Im Jahre 1878 erklärte der schweizerische Juristenverein die Vorschriften des Art. 5 der Übergangsbestimmungen als den Bedürfnissen der Advokaten genügend ²⁾.

Für die *medizinischen* Berufsarten ergeben sich keine Schwierigkeiten, weil ihre Ausübung gewerblicher Natur ist und demgemäss mit Vorbehalt des Art. 33 unter die Konsequenzen des Art. 31 fällt. Die Erteilung der Bewilligung zur Ausübung von Seiten des Kantons *muss* erfolgen, wenn eines der im Freizügigkeitsgesetz genannten Diplome vorgewiesen wird, und sofern der Bewerber den anderen Bedingungen, welche die Kantone in Ausführung des Art. 31 litt. *e* erlassen haben, genügt ³⁾. Der Entzug der Bewilligung erfolgt durch die Kantone nach Massgabe ihrer Medizinal- und ähnlicher Gesetze. Demgemäss kann ein diplomirter Arzt im einen Kanton zur Ausübung berechtigt sein, im anderen nicht ⁴⁾.

Über die Rekurspraxis ist weiter nicht viel zu bemerken. Nach der Botschaft des Bundesrates betreffend das Freizügigkeitsgesetz sollte als Regel gelten, dass die Ausübung der medizinischen Berufsarten, welche unter das Bundesgesetz fallen, an den Besitz eines *eidgenössischen* Patentes geknüpft ist in denjenigen Kantonen, welche hiefür Fähigkeitszeugnisse verlangen ⁵⁾. Die Kantone dürfen deshalb nicht mehr Prüfungen zum Zwecke der Patentirung von Medizinalpersonen vornehmen, für welche eidgenössische Prüfungen

¹⁾ Wolf I 875.

²⁾ Salis, Nr. 1615. Mit Bezug auf Lehrer und Geistliche ist, wie der B.-R. im Jahre 1877 konstatierte, die Notwendigkeit des Erlasses eines B.-Gesetzes über deren Freizügigkeit nicht vorhanden; ihre Tätigkeit ist übrigens eine amtliche und verfolgt nicht den Erwerbszweck.

³⁾ S. Salis, Nr. 1619.

⁴⁾ Vgl. Salis, Nr. 1622.

⁵⁾ Salis, Nr. 1618.

organisirt sind. Dann sollte aber auch den Kantonen nicht gestattet sein, den Besitzern kantonaler und ausländischer Diplome die Ausübung einer medizinischen Berufsart fürderhin zu erlauben ¹⁾. — Jedenfalls nicht genügend für Beanspruchung der Freizügigkeit ist der Befähigungsausweis einer ausländischen Behörde ²⁾, ebenso wenig für Mediziner ein seit 15. April 1878 (Inkrafttreten des Bundesgesetzes vom 19. Dezember 1877) erworbenes kantonales Diplom ³⁾.

Etwas komplizirter gestalten sich die Verhältnisse bezüglich der *advokatorischen* Tätigkeit. In denjenigen Kantonen, welche die Ausübung des Anwaltsberufes vom Besitz eines Befähigungsausweises abhängig machen, sind, soweit es sich um die wissenschaftliche Befähigung handelt, alle Personen ausübungsberechtigt, welche sich im Besitze eines der in Art. 5 der Übergangsbestimmungen genannten Ausweise befinden. Sie sind somit auch *zugelassen*, gleichviel ob sie nach den Gesetzen des Kantons, in welchem sie nunmehr ihren Beruf — vorübergehend oder dauernd — ausüben wollen, zugelassen wären. Die Gesetze derjenigen Kantone, welche die Ausübung advokatorischer Tätigkeit als Wahrnehmung amtlicher Funktionen auffassen, treten demgemäss bezüglich der Bestimmungen über Zulassung zum Anwaltsberuf infolge der Vorschriften des Bundesrechtes in gewissen Fällen ausser Kraft. Sie sind allein dann anwendbar, wenn es sich um eine Person handelt, welche nicht im Besitze des Befähigungsausweises sich befindet; in diesem Falle dürfen sie z. B. Frauenspersonen den Zutritt zur Erlangung des Ausweises verweigern. Die Bestimmung des Art. 5 der Übergangsbestimmungen bringt es mit sich, dass über die Zulassung zum Anwaltsberuf in einem Kanton im einzelnen Fall auch die Gesetze anderer

¹⁾ Salis, Nr. 1616, 1617 a.

²⁾ Salis, Nr. 1617.

³⁾ Salis, Nr. 1617 a, s. B.-Gesetz vom 19. Dezember 1877, Art. 1 litt. b.

Kantone entscheiden. Wer also in *einem* Kanton zugelassen ist, ist in *allen* Kantonen zugelassen, sofern er nämlich in ersterem Kanton die Berechtigung zur Ausübung des Berufes erworben hat. Wenn also der Kanton A, in welchem die Tätigkeit des Anwaltes als Ausübung öffentlichrechtlicher Funktionen aufgefasst wird, Frauenspersonen zur Advokatur zulässt, so sind diese, sofern sie den Befähigungsausweis besitzen, in jedem Kanton zugelassen, auch in denen, welche, obwohl sie den gleichen Standpunkt einnehmen wie der Kanton A, Frauenspersonen nicht zulassen.

Ob dagegen eine Person *ausübungsberechtigt* sei, wird nach den Gesetzen desjenigen Kantons entschieden, in welchem der Beruf zur *Ausübung* kommen soll, unter Vorbehalt des Ausweises über die wissenschaftliche Befähigung, welcher, sofern er tauglich ist, anerkannt werden muss. Wenn z. B. der Kanton A die Ausübung der Berufstätigkeit des Anwaltes nicht vom Besitze der bürgerlichen Ehrenrechte abhängen lässt, so ist ohne Zweifel der Kanton B, wenn er letzteres Erfordernis aufstellt, befugt, die Ausübung einem in den bürgerlichen Ehren und Rechten Eingestellten, wenn dieser auch patentirt und an seinem Wohnsitz im Kanton A ausübungsberechtigt ist, zu untersagen¹⁾.

Die Bedingungen der Ausübung sind für alle Zugelassenen die gleichen.

Dem Befähigungsausweis kommt, wie schon aus Art. 5 der Übergangsbestimmungen hervorgeht, sowohl bezüglich der medizinischen wie der juristischen Berufsarten keine prinzipielle Bedeutung zu in dem Sinne, dass dieses Erfordernis einen Vorbehalt zu dem in Art 31 gewährleisteten Recht bilden würde; er ist vielmehr eine

¹⁾ Vgl. in Salis, Nr. 803, die Kritik der nationalrätlichen Kommission zu der dort mitgeteilten Entscheidung. Diesen Sinn haben wohl die Motive zu der Entscheidung bei Salis, Nr. 1637 a.

Bedingung der Ausübung gewisser auf Erwerb gerichteter Berufsarten.

Die Befugnis des Art. 33 soll den Kantonen gestatten, die Ausübung wissenschaftlicher Berufsarten von einem Befähigungsausweis abhängig zu machen. Letzterer muss aber, sofern er zur Freizügigkeit berechtigen soll, die *wissenschaftliche* Befähigung zu dokumentieren imstande sein; denn wenn er dafür keine Garantie bietet, so hat er überhaupt keinen Sinn, und Art. 5 ist vollständig überflüssig. Die wissenschaftliche Befähigung kann aber doch wohl nur auf Grund von *Prüfungen in Theorie und Praxis* der betreffenden Berufsart erwiesen werden.

Diese Prüfungen müssen vom *Staate* vorgenommen werden. Für die medizinischen Berufsarten nimmt der *Bund* die Prüfungen ab, für den Beruf der Advokaten die *Kantone*. Von einer kantonalen Universität erlangte Titel, wie z. B. der Dokortitel, genügen nicht zur Freizügigkeit ¹⁾.

Dass die eidgenössischen Prüfungen wissenschaftlichen Charakter tragen, ist unbezweifelt, und es steht den Kantonen nicht zu, das Mass der erfordernten Kenntnisse zu kritisieren. Dagegen sind sie kompetent, die kantonalen Ausweise, welche zur Ausübung der medizinischen Praxis oder der Advokatur ²⁾ berechtigen, einer Prüfung zu unterziehen, wohl nicht hinsichtlich des «*Masses*» der Anforderungen, aber der «*Art*» derselben.

Die Praxis hat dies sowohl für die medizinischen wie für die juristische Berufsart anerkannt. Im Jahre 1877 stellte ein Advokat, gestützt auf ein zürcherisches Kantonsfürsprechpatent, das ihm auf Grund eines Fähigkeitszeugnisses des Kantons St. Gallen von der Regierung von

¹⁾ Salis, Nr. 1617 a, B.-Bl. 1894 I 239.

²⁾ Art. 1 litt. b des Freizügigkeitsgesetzes und Art. 5 der Übergangsbestimmungen entsprechen sich wohl vollständig, jener für die medizinischen dieser für die übrigen Berufsarten, s. folgende Seiten.

Zürich erteilt worden war, bei der Berner Regierung das Gesuch, im Kanton Bern Advokaturgeschäfte übernehmen und besorgen zu dürfen. Die Berner Regierung wies das Gesuch ab, ebenso der Bundesrat den hiegegen gerichteten Rekurs, und zwar in Erwägung: « Bei der Prüfung der Frage, ob der Rekurrent Art. 5 der Übergangsbestimmungen zur Bundesverfassung anrufen kann, fällt in Betracht, dass nach dieser Übergangsbestimmung nur ein Kanton oder eine mehrere Kantone repräsentierende Konkordatsbehörde den nötigen Ausweis der Befähigung zu erteilen befugt ist. Nun besitzt der Rekurrent allerdings ein Fürsprecherpatent des Kantons Zürich. Dasselbe kann aber gegenüber den Anforderungen, welche der Kanton Bern an seinen Advokatenstand gesetzlich stellen muss, darum nicht ausschlaggebend sein, weil es, *ohne jede vorausgegangene Prüfung*, lediglich gestützt auf ein Zeugnis des obersten Gerichtshofes eines Kantons erteilt wurde, in welchem keinerlei Examen besteht, sondern die Advokatur freigegeben ist, und weil jener Gerichtshof, das Kantonsgericht St. Gallen, aus eben diesem Grunde überhaupt nicht in der Lage hätte sein können, diesfalls mit staatlicher Autorisation eine Fähigkeitsurkunde auszustellen, welche die in Art 5 der Übergangsbestimmungen zur Bundesverfassung vorgesehene Wirkung ohne weiteres nach sich ziehen würde Bern macht nur von seinem Rechte Gebrauch, wenn es sich lediglich an das Zeugnis des Kantonsgerichts von St. Gallen hält und dasselbe, mit Rücksicht auf den innert seiner Grenzen geltenden Patentzwang mit vorausgegangenem *theoretischen und praktischen Staatsexamen*, für die Zulassung zur Anwaltspraxis als ungenügend erklärt » ¹⁾.

¹⁾ Salis, Nr. 1637.

In gleicher Weise hat der Bundesrat im Jahre 1888 die Beschwerde eines Zahnarztes, dem auf Grund eines Patentes des Kantons Solothurn die Ausübung der zahnärztlichen Praxis im Kanton St. Gallen verweigert worden war, abgewiesen: «Das vom Beschwerdeführer vorgewiesene zahnärztliche Patent des Kantons Solothurn lautet bloss dahin, dass ihm „auf Vorweis ausreichender Ausweise die Bewilligung zur Ausübung der zahnärztlichen Praxis im Kanton Solothurn erteilt werde“, dasselbe lässt aber die notwendige und entscheidende Angabe, dass sich diese Bewilligung zur Berufsausübung auf eine von dem Beschwerdeführer bestandene *Prüfung* stütze, vermissen. Das solothurnische Patent (vom Jahre 1885) ist demnach kein genügender Ausweis für die Inanspruchnahme der in Art. 1 litt. b des Bundesgesetzes vom 19. Dezember 1877 liegenden Vergünstigung »¹⁾.

In beiden Entscheidungen ist das Hauptgewicht darauf gelegt worden, dass der Bewerber den Ausweis auf Grund einer Prüfung, die ja wohl nur wissenschaftlichen Charakter haben kann, sofern sie nicht zum Schein vorgenommen wird, erhalten haben muss. Unzweifelhaft unrichtig und gegen die Praxis verstossend ist der jüngste Entscheid des Bundesrates vom 23. Februar 1894²⁾. Den Rekurs eines Advokaten aus dem Kanton Neuenburg, welcher mit seinem Gesuch um Bewilligung der Ausübung des Anwaltsberufes vom Obergericht von Bern abgewiesen worden war, hiess

¹⁾ Salis, Nr. 1634, vgl. noch Nr. 1628.

²⁾ Man darf sich fragen, ob nach dem B.-Gesetz über die Organisation der B.-Rechtspflege vom 22. März 1893 der B.-R. zur Entscheidung von Rekursen, die sich auf Art. 33 der B.-V. bzw. Art. 5 der Übergangsbestimmungen stützen, kompetent ist. Sofern im B.-Gesetz nicht ausdrücklich der B.-R. kompetent erklärt wird, ist das B.-Gericht zuständig. Wenn man aber diese Artikel nur als Ausführungs- und Zusatzbestimmungen zu Art. 31 betrachtet, so wird man den B.-R. als die zur Entscheidung zuständige Behörde anerkennen, vgl. die Kompetenzbegründung des B.-R. B.-Bl. 1894 I 359.

der Bundesrat gut. Der Beschwerdeführer bringe die staatsrätliche Bescheinigung bei, dass er nach Erfüllung der vom Kanton Neuenburg aufgestellten Erfordernisse in den neuenburgischen Advokatenstand aufgenommen worden sei: «Diese Erfordernisse (einjährige praktische Übung in einem Advokaturbureau und Probevortrag vor dem neuenburgischen Kantonsgerichte) enthalten selbständige, staatliche Anforderungen an den Kandidaten, deren Erfüllung nach der neuenburgischen Gesetzgebung seine Befähigung zur Ausübung der Advokatur erweist. Ein auf derartiger Grundlage entstandener Fähigkeitsausweis ist als solcher im ganzen Gebiete der Eidgenossenschaft anzuerkennen, und es steht keinem Kanton zu, an dem Masse oder der Art der von einem andern Kanton gestellten Anforderungen in der Meinung Kritik zu üben, dass er den von dem andern Kanton ausgestellten Fähigkeitsausweis für sich als einen nicht verbindlichen erklären könne»¹⁾. Dem ist beizustimmen, wenn eben der Befähigungsausweis auf Grund der durch eine staatliche Prüfung amtlich konstatirten wissenschaftlichen Kenntnisse erteilt ist. Weder die Lehrzeit auf einem Advokaturbureau des Kantons, noch die mündliche Probeverteidigung vor dem kantonalen Appellationshofe können jedoch beanspruchen, Bestandteile einer «ernsthaften» Prüfung zu bilden, welche Gewähr gibt für die wissenschaftliche Befähigung zur Ausübung der Anwaltspraxis. Schliesslich bildet das Erfordernis des Aktivbürgerrechts, welches das zürcherische Rechtspflegegesetz aufstellt, ebenfalls einen «selbständigen, staatlichen Anspruch», der aber für die wissenschaftliche Befähigung desjenigen, der diesen Anspruch erfüllt, sicherlich keinen Beweis liefert.

3. Der *Besteuerung* im Sinne des Art. 31 litt. e unterliegen auch die wissenschaftlichen Berufsarten. Das eidge-

¹⁾ B.-Bl. 1894 I 356 ff.

nössische *Medizinal*diplom entbindet den Besitzer nicht von den Vorschriften polizeilicher und fiskalischer Natur, welche in den Kantonen betr. Ausübung von Gewerben und wissenschaftlichen Berufsarten bestehen. So erhebt Zürich für die Konzessionserteilung zur Errichtung einer neuen Apotheke eine Gebühr von 300—700 Fr.; Wallis bezieht von Arzt und Apotheker eine jährliche Erwerbssteuer von 20—100 Fr.¹⁾ Um die Freizügigkeit des Medizinalpersonals nicht illusorisch zu machen, dürfen die Kantone für die Bewilligung zur Berufsausübung nur eine Entschädigung in Form einer gewöhnlichen Kanzleigebühr verlangen²⁾.

IX. Das Wirtschaftsgewerbe und der Kleinhandel mit geistigen Getränken³⁾.

Die Prüfung der kantonalen Wirtschaftsgesetze im Jahre 1874 ergab, dass die Kantone Bern, Luzern, Ob- und Nidwalden, Freiburg, Baselland, St. Gallen, Aargau und Wallis die Erstellung einer Wirtschaft vom Vorhandensein eines öffentlichen Bedürfnisses abhängig machen. Über das Verhältnis des Wirtschaftsgewerbes zu dem in Art. 31 der Bundesverfassung von 1874 niedergelegten Individualrecht enthält ein Kreisschreiben des Bundesrates vom 11. Dezember 1874, welches die Stellung der Bundesbehörden bei der Beurteilung von Rekursen wegen Verweigerung der Wirtschaftsbewilligung präzisiert, folgenden für die damalige Zeitströmung charakteristischen Passus: «Die Beschränkung der Wirtschaften auf eine Normalzahl ist neben dem in Art. 31 der Bundesverfassung gegebenen Grund-

1) Salis, Nr. 1619.

2) Salis, Nr. 1620—1621 a.

3) S. oben S. 140 ff.

sätze der Handels- und Gewerbefreiheit nicht mehr haltbar; denn wenn man sich nicht fernerhin auf den veralteten Standpunkt stellen will, dass der Staat bevormundend auch da für seine Bürger zu sorgen habe, wo ein Tun oder Lassen ganz von ihrem freien Willen abhängt, so wird man ihm auch nicht das Recht und die Pflicht zuschreiben wollen, die Zahl der Wirtschaften in dieser Weise willkürlich zu beschränken. Damit ist immerhin nicht ausgeschlossen, dass, wo rein polizeiliche Rücksichten die Schliessung oder Verweigerung einer Wirtschaft erfordern, die kantonalen Behörden in dieser Richtung eine Beschränkung eintreten lassen können¹⁾.»

In konsequenter Verfolgung des gewerbefreiheitlichen Gedankens hat der Bundesrat in seiner Rechtsprechung das Prinzip der Erwerbsfreiheit auf das Wirtschaftsgewerbe angewandt; an dieser Praxis hat er bis zum Jahre 1885 beharrlich festgehalten²⁾.

Der revidierte Art. 31 enthält in litt. c eine besondere Bestimmung über das Wirtschaftswesen. Er ermächtigt die Kantone, die Ausübung des Wirtschaftsgewerbes und des Kleinhandels mit geistigen Getränken auf dem Wege der Gesetzgebung den durch das öffentliche Wohl geforderten Beschränkungen zu unterwerfen. Von dieser Befugnis hat eine Anzahl von Kantonen, die übrigens im Wachsen begriffen ist, Gebrauch gemacht.

Die Anwendung der neuen kantonalen Wirtschaftsgesetze rief zahlreiche Beschwerden an den Bundesrat hervor. Über die Tragweite der Bestimmung des Art. 31 litt. c herrschte keine klare Vorstellung. Die Kompetenz der Bundesbehörden zur Entscheidung der eingegangenen Beschwerden wurde von den Kantonsregierungen bestritten.

1) Salis, Nr. 644, vgl. Nr. 643.

2) Salis, Nr. 646, 1.

Zwar über den Zweck der Revision und das anzuwendende Mittel war man sich klar, nicht aber über die rechtliche Natur des Mittels zu diesem Zwecke, welcher hinwiederum nur durch die richtige Erkenntnis und Durchführung des Mittels gesichert ist. Bezweckt wurde durch die Revision Verminderung des Alkoholgenusses und als Mittel zur Erreichung dieses Zweckes gestattete man den Kantonen, die Zahl der Wirtschaften in ein gewisses Verhältnis zur Bevölkerungsziffer zu bringen — sei es durch Reduktion der bestehenden, sei es durch Verweigerung der Konzessionierung neuer Wirtschaften —, um dem Individuum die Möglichkeit zu nehmen, nur durch Rücksicht auf sein eigenes Wohl geleitet, Gelegenheit zum Alkoholgenuss zu verschaffen; m. a. W., Wirtschaften sollten nur errichtet werden dürfen, wenn ein öffentliches, d. h. ein allgemeines Bedürfnis, dessen Befriedigung im Einklang mit dem Wohle der gesamten Bevölkerung stand, die Errichtung verlangte. Das öffentliche Wohl sollte entscheiden, nicht das Wohl des Einzelnen.

In den Beratungen der parlamentarischen Kommissionen sowie der eidgenössischen Kammern wurde denn auch allseitig die Ermöglichung der Stellung der *Bedürfnisfrage* als das durch Revision des Art. 31 zu schaffende Mittel bezeichnet, durch welches die Kantone in den Stand zu setzen seien, der überhandnehmenden Trunksucht entgegenzutreten¹⁾. Der Bundesrat spricht sich hierüber in seinem Kreisschreiben vom 1. Juni 1886 in folgenden Worten aus: «Es unterliegt keinem Zweifel, dass durch die neue Bestimmung des Art. 31 litt. c den Kantonsbehörden die rechtliche Möglichkeit verschafft werden sollte, der von ihnen als Volkskalamität erkannten stetigen Zunahme der Wirtschaften entgegenzutreten und bei der Beurteilung von

¹⁾ B.-Bl. 1891 I 147.

Wirtschaftspatentbegehren in Zukunft die *Bedürfnisfrage* zu stellen » ¹⁾).

Was für eine *rechtliche* Stellung nimmt aber das Wirtschaftsgewerbe im Verhältnis zum Prinzip des Art. 31 in denjenigen Kantonen ein, welche unter Berufung auf Art. 31 litt. c die Bedürfnisfrage stellen? Wird ein Gewerbe, das nur nach Bedürfnis ausgeübt werden darf, vom Prinzip der Gewerbefreiheit beherrscht? Besteht das individuelle Recht auf Zulassung zu dem betreffenden Erwerbszweig oder liegt hier ein eigentlicher Vorbehalt vor? Aus der Beantwortung dieser Fragen ergibt sich dann die fernere, ob die Bundesbehörden zur Entscheidung von Rekursen wegen Verletzung der Gewerbefreiheit kompetent sind.

Nach der Ansicht des *Bundesrates* könnte beim Wirtschaftswesen, wenn die Ausnahme des Art. 31 litt. c ohne irgend einen Vorbehalt ausgesprochen wäre, der Grundsatz der Gewerbefreiheit nicht mehr angerufen werden. Nun sei aber die für die Wirtschaften und den Kleinhandel mit geistigen Getränken festgesetzte Ausnahme keine unbegrenzte; sie sei in ganz bestimmter Weise eingeschränkt, da sie bloss « in dem Sinne » aufgestellt worden sei, dass die Kantone auf dem Wege der Gesetzgebung die Ausübung des Wirtschaftsgewerbes und den Kleinhandel mit geistigen Getränken den durch das öffentliche Wohl geforderten Beschränkungen unterwerfen könnten. Hieraus gehe hervor, dass unter der Herrschaft des neuen Art. 31 der Bürger das Recht habe, im Wirtschaftswesen den Grundsatz der Gewerbefreiheit jeder Massregel gegenüber geltend zu machen, welche einmal nicht auf einem Gesetze beruhe, und andererseits nicht als eine vom öffentlichen Wohle geforderte Beschränkung sich darstelle. Aus der Entstehungsgeschichte des revidirten Art. 31 ergebe sich, dass die fraglichen Beschränkungen auf dem Wege allge-

¹⁾ Salis, Nr. 646, 1.

mein verbindlicher Vorschriften angebracht werden müssten. Die Verfasser des neuen Textes hätten damit ausdrücken wollen, dass jede Willkür untersagt werden müsse, und dass die Kantonsregierungen nicht das Recht haben sollen, nach Belieben vorzugehen. Der Bundesrat nehme also an, dass die Urheber des Art. 31 litt. c Gesetze im Auge gehabt hätten, welche die Erteilung von Wirtschaftsbewilligungen an bestimmte, allgemeine Regeln bänden, deren Anwendung in jedem einzelnen Fall der Willkür möglichst wenig Spielraum gewähren würde ¹⁾.

Zur Erreichung dieses Zweckes hält der Bundesrat für unumgänglich notwendig, dass die kantonalen Gesetze oder wenigstens die sich daran knüpfende Praxis den *Grundsatz der Gleichstellung der Bürger* respektieren. Diese seine grundsätzliche Ansicht über die Stellung des Wirtschaftsgewerbes zum Prinzip des Art. 31 führt der Bundesrat anlässlich der Entscheidung der Freiburger Wirtschaftsrekurse in folgenden Sätzen aus: «Wenn zwar die Geltendmachung des Grundsatzes der Gleichberechtigung an und für sich vor das Bundesgericht und nicht vor den Bundesrat gehört, so ist andererseits zu beachten, dass die Gleichbehandlung der Bürger ein wesentliches Element der Handels- und Gewerbefreiheit bildet. Ein Bürger, der unter gleichen Umständen ungünstiger als ein anderer behandelt würde, könnte sich mit Recht darüber beschweren, dass die Gewerbefreiheit zu seinen Ungunsten verletzt worden sei.

Allerdings hat dieser Grundsatz der Gewerbefreiheit durch die Revision von Art. 31 in Bezug auf das Wirtschaftsgewerbe eine bedeutende Einschränkung erlitten; aber von einer *gänzlichen Aufhebung des Prinzips kann keine Rede sein*.

Unbedingte Freiheit im Wirtschaftswesen kann zwar der Bürger nicht mehr beanspruchen, aber das wenigstens

¹⁾ B.-Bl. 1891 I 145 ff.

darf er wie früher verlangen, dass, wenn man bei ihm Beschränkungen eintreten lässt, dies unter dem nämlichen Rechtstitel und in gleichem Masse geschehe, wie bei andern, für welche ganz gleiche Verhältnisse zutreffen. Wenn eine Kantonsregierung, um eine Herabminderung der Zahl der Wirtschaften herbeizuführen, dies nicht anders tun kann, als so, dass sie einer beschränkten Anzahl von Bewerbern ein Vorrecht einräumt, so muss diese Vergünstigung doch an bestimmte, tatsächliche, für Jedermann gültige Voraussetzungen geknüpft werden, so dass ein Bürger, der trotz gleicher tatsächlicher Voraussetzungen und Verumständungen einem Konkurrenten geopfert würde, berechtigt sein muss, den in Art. 31 aufgestellten Grundsatz für sich anzurufen »¹⁾.

Die Frage, ob das Prinzip der Gewerbefreiheit auf das Wirtschaftsgewerbe anwendbar sei, wird also vom Bundesrat *grundsätzlich bejaht*. Er anerkennt auch hier, freilich in verklausulirter Form, das individuelle Recht auf Zulassung zu dem hier in Frage stehenden Gewerbe: « *Die verfassungsmässigen Rechte* sind, wie man nicht genug wiederholen kann, *durch die Revision des Art. 31 nicht aufgehoben worden* »²⁾. Deshalb verfährt der Bundesrat nur konsequent, wenn er den staatsrechtlichen Rekurs gegen Verfügungen kantonaler Behörden wegen Verletzung des durch Art. 31 begründeten subjektiven Rechtes auch dann zulässt, wenn es sich um Verweigerung einer Wirtschaftsbewilligung seitens einer kantonalen Behörde handelt, welche zur Stellung der Bedürfnisfrage auf Grund eines Gesetzes berechtigt ist. Für die Annahme, dass ein individuelles Recht in der Tat bestehe, scheint namentlich der Umstand ins Gewicht gefallen zu sein, dass bei den Beratungen über die Revision betont wurde, es bleibe das Rekursrecht gegen jede Verletzung bundesrechtlicher Bestimmungen vorbehalten.

¹⁾ B.-Bl. 1890 I 374, Salis, Nr. 677.

²⁾ B.-Bl. 1891 I 156 a. E.

Welches nun die *praktische* Tragweite des von den Urhebern des Art. 31 in der Theorie festgestellten Rekursrechtes sei, unterzieht das eidgenössische Justizdepartement in einem am 13. September 1889 vom Bundesrat genehmigten Gutachten einer eingehenden Erörterung. Der Gedankengang, welchen dieses Schriftstück einschlägt, ist ungefähr folgender: Der Bundesrat hat zu untersuchen, ob eine angefochtene Massregel als eine auf dem Wege der Gesetzgebung eingeführte Beschränkung betrachtet werden kann. Es fragt sich nun, ob die Bundesverfassung ein Gesetz, das bestimmte Regeln aufstellt, verlangt, oder ob sie sich mit einer in Form eines Gesetzes den kantonalen Behörden gegebenen Vollmacht begnügt, welche denselben erlaubt, Wirtschaftsbewilligungen nach ihrem freien Ermessen zu erteilen oder zu verweigern, und der Bundesrat kommt zu dem Ergebnis, dass ein Gesetz, welches bloss das Belieben der Verwaltungsbehörden gutheisst, keineswegs denjenigen Schutz gegen Regierungswillkür bietet, den man den Bürgern hat gewähren wollen. Zur Sicherung der Bürger verlangt er ein Gesetz, welches auf die eine oder andere Weise die *Aufrechterhaltung des Grundsatzes der Gleichheit* garantirt, indem es die Bürger gegen willkürliche Massregeln schützt, die ohne klares Unterscheidungsmerkmal die Einen verschonen, die Andern treffen. Als abschreckendes Beispiel wird das schon erwähnte freiburgische Gesetz hingestellt, dessen Einschränkungsmassregeln nur darin beständen, der Regierung den Auftrag zu geben, die Zahl der Wirtschaften möglichst zu vermindern; bei einem so dehnbaren System ist es jedoch für Menschen unmöglich, nicht Rücksichten auf örtliche Konkurrenz und Begünstigungen einen grösseren oder geringeren Einfluss einzuräumen, zum grossen Schaden des Gleichheitsgrundsatzes. Wenn der Bundesrat ein Gesetz, welches die absolute Freiheit der Verwaltungsbehörden verkündet, nicht geradezu als unstatthaft erklären will, so

steht ihm zum mindesten das Recht zu, in *jedem einzelnen Falle* zu prüfen, ob die kantonale Behörde von ihrer unbeschränkten Befugnis einen verständigen und gerechten Gebrauch gemacht hat, oder ob sich nicht vielmehr die angefochtene Massregel als ein reiner Willkürakt darstellt.

Die Urheber des revidirten Art. 31 haben den Bundesbehörden das Recht geben wollen, irgend eine Massregel als vom Standpunkt des allgemeinen Wohles aus nicht genügend gerechtfertigt aufzuheben. Theoretisch betrachtet der Bundesrat diesen Satz allerdings als richtig. Er schliesst aber aus dem Umstand, dass die Gesetzgebung über dieses Gebiet den Kantonen überlassen ist, dass die Verhältnisse des öffentlichen Wohles, weil sie von einem Kanton zum anderen verschieden sein können, nicht der Würdigung der Bundesbehörde zu unterstellen seien. Die Eidgenossenschaft verlangt aber, dass die im Interesse des öffentlichen Wohles, so wie ein Kanton dasselbe auffasst, verordneten Massregeln allgemein verbindlicher Natur seien, einen wirklich gesetzgeberischen Charakter tragen und nicht in Handlungen des Beliebens, der Gefälligkeit oder der Chikane ausarten dürften.

Sehr richtig bemerkt der Bundesrat, er müsste, wenn er die Grenzen seines Interventionsrechtes feststellen wollte, sich notwendig in eine Casuistik einlassen; es werde also darüber in jedem einzelnen Falle zu entscheiden sein. Gegenüber in unbestimmter und allgemeiner Weise abgefassten kantonalen Gesetzen, welche eine unbeschränkte Vollmacht der Verwaltungsbehörden begründen, gedenkt demnach der Bundesrat in der Weise vorzugehen, dass er die Frage über die *Verfassungsmässigkeit des Gesetzes ausser Betracht* lässt und sich auf die *Prüfung der angefochtenen Massregel* verlegt, d. h. untersucht, ob dieselbe, an und für sich betrachtet, dem Wortlaut und dem Geiste der Bundesverfassung entspricht oder nicht. Zu diesem Verfahren fühlt er sich um so mehr bewogen, als die eidge-

nössischen Kammern die anfänglich vom Nationalrat beschlossene Bestimmung, laut welcher die Gesetze über diesen Gegenstand der vorgängigen Genehmigung des Bundesrates unterliegen sollten, gestrichen haben¹⁾).

Der Ansicht des Bundesrates, welcher das Prinzip der Gewerbefreiheit mit Bezug auf das Wirtschaftsgewerbe und den Kleinhandel mit geistigen Getränken auch dann zur Geltung bringen will, wenn die Kantone jene Erwerbszweige nach Massgabe des Art. 31 litt. c auf dem Wege der Gesetzgebung den durch das öffentliche Wohl geforderten Beschränkungen unterworfen haben, können wir nicht zustimmen und demgemäss ebenso wenig seinen Ausführungen über die praktische Anwendung des gewerbefreiheitlichen Prinzips. Wir halten vielmehr dafür, das *Wirtschaftsgewerbe sei in jenen Kantonen dem Prinzip der Gewerbefreiheit entzogen*. Das individuelle Recht auf Zulassung zu jeder erlaubten Erwerbstätigkeit erleidet eine Einschränkung bezüglich des Wirtschaftsgewerbes; das Recht des Art. 31 mit allen seinen Konsequenzen ist, soweit dieses Gewerbe in Frage kommt, beseitigt und an seine Stelle das *Konzessionssystem* getreten.

Das Konzessionssystem²⁾ ist aber in seinem ganzen Wesen dem System der Gewerbefreiheit *entgegengesetzt*. Wo Gewerbefreiheit besteht, da tritt das *Einzelinteresse*, das Interesse des *Individuums* in den Vordergrund. Die Bundesverfassung hat das Prinzip des wirtschaftlichen Egoismus zum Rechtsprinzip erhoben, und zwar erstreckt sich dasselbe auf jedes Gewerbe. Es darf also im gegebenen Fall die Frage, ob die Ausdehnung des Prinzips der Gewerbefreiheit auf irgend ein Gewerbe mit dem allgemeinen Wohl verträglich sei, gar nicht aufgeworfen werden; sie ist von der Bundesverfassung bereits entschieden

1) B.-Bl. 1891 I 145—157, Salis, Nr. 647.

2) S. oben S. 138—140.

worden und zwar zu Gunsten des Interesses des Individuums, nicht der Gesamtheit. Des ersteren Interesse verlangt, dass es die rechtliche Möglichkeit besitze, seine Arbeitskraft in der Weise, die ihm am meisten zusagt, zu verwerten. Die Bundesverfassung garantirt ihm deshalb, genau der Forderung der Physiokraten entsprechend, das Recht, seinen wirtschaftlichen Vorteil nach eigener Wahl zu verfolgen. Wenn daher Jemand zum Zwecke des Erwerbes ein Gewerbe, z. B. eine Wirtschaft, betreiben will, so übt er nur sein verfassungsmässig gewährleistetes Recht aus, welches ihm nicht vorenthalten werden darf. Ein öffentliches Interesse hat der Staat erst wahrzunehmen, wenn das Recht zur Ausübung kommen soll, indem er befugt ist, den Betrieb eines Gewerbes von der Erfüllung gewisser Bedingungen abhängig zu machen, welche aber den Grundsatz der Gewerbefreiheit nicht beeinträchtigen dürfen. Die Wahrnehmung der öffentlichen Interessen rangirt also gegenüber dem doctrinären Prinzip des Art. 31 durchaus an zweiter Stelle. Nicht darum, *ob* eine Wirtschaft betrieben werden soll, darf sich der Staat kümmern, sondern nur darum, *wie* sie betrieben werden soll und auch letzteres nur unter Beobachtung des Grundsatzes.

Die Revision des Jahres 1885 hat den Kantonen freigestellt, zum Konzessionssystem, wie es vor 1874 in mehreren Kantonen bestanden hatte, zurückzukehren. Als «Quelle des Rechts auf Gewerbebetrieb» wird bei diesem System der *Staat* betrachtet; um eine Wirtschaft betreiben zu können, bedarf der Petent einer obrigkeitlichen Konzession, auf deren Erlangung er *kein Recht* hat, weil er nicht *sein eigenes Recht* zur Ausübung bringen will, sondern ein dem *Staate* zustehendes Recht. Letzterer ist demnach, sofern er überhaupt das Gewerbe durch Private betreiben lassen will, befugt, die *Bedingungen der Zulassung* zum Wirtschaftsbetrieb festzustellen. Die wichtigste Bedingung der Zulassung besteht eben darin, dass zur Führung einer

Wirtschaft ein öffentliches Bedürfnis vorhanden ist. Nur unter dieser Bedingung, deren Erfüllung nicht vom Willen des Bewerbers abhängt, wie dies der Fall ist bei der Erfüllung der polizeilichen Bedingungen des Art. 31 litt. e, wird die Konzession erteilt. Der Staat beansprucht, in jedem einzelnen Falle zu untersuchen, ob dieses Bedürfnis wirklich vorhanden sei. Beim Konzessionssystem entscheidet also der Staat allein die Frage, *ob* eine Wirtschaft betrieben werden soll und *wie* sie betrieben werden soll. Nicht das Interesse und der freie Wille des Einzelnen ist massgebend, sondern das *Interesse der Gesamtheit*.

Dass mit der Stellung der Bedürfnisfrage der Grundsatz der Gleichberechtigung der Bürger sich nicht verträgt, ist augenscheinlich. Es findet z. B. eine kantonale Regierung, dem Bedürfnisse nach Wirtschaften in einer gewissen Gemeinde sei Genüge geschehen, wenn statt zwei Wirtschaften nur eine bestehe. Ohne Zweifel ist die Regierung befugt, eine der beiden Wirtschaften zu schliessen. Sofern nicht polizeiliche Gründe irgend welcher Art die Schliessung der einen Wirtschaft wünschenswert erscheinen lassen, so muss eben diejenige eingehen, deren Schliessung nach ihrer Lage oder aus anderen Gründen am zweckmässigsten erscheint; oftmals lässt sich vielleicht kein weiterer Grund angeben, als derjenige, für das öffentliche Bedürfnis genüge der Betrieb *einer* Wirtschaft. Nach der Theorie des Bundesrates müssen nun entweder beide Wirtschaften aufgehoben werden oder keine, weil sonst der Grundsatz der Gleichberechtigung verletzt werde; «ein Bürger, der unter gleichen tatsächlichen Umständen seinem Konkurrenten geopfert wird, muss berechtigt sein, den in Art. 31 aufgestellten Grundsatz für sich anzurufen.» Letzterer muss aber notgedrungen auch Anwendung finden, wenn Jemand eine *neue* Wirtschaft errichten will. Nicht nur die Patentinhaber können das Recht des Art. 31 zu ihren Gunsten anrufen; die Gleichberechtigung fordert doch

wohl, dass an diesem Recht *alle* participiren. Die Bundesverfassung kennt nicht solche Bürger, für welche Art. 31 in Kraft geblieben ist, und solche, für welche Art. 31 ausser Kraft gesetzt ist; andernfalls wären die Wirte zum Wirtschaftsbetrieb geradezu privilegiert und vor neu erwachsender Konkurrenz geschützt, während Art. 31 im Gegenteil den freien Wettbewerb proklamirt.

Die Folgen der Revision bestehen nun nach der Ansicht des Bundesrates gerade darin, dass zwar, sofern es sich um die Verringerung bestehender Wirtschaften handelt, der Grundsatz der Gleichberechtigung gewahrt bleiben müsse, nicht aber, wenn es sich um die Errichtung neuer Wirtschaften handelt. Die bestehenden Wirtschaften sind somit tatsächlich privilegiert; ob das öffentliche Interesse ihre Verminderung erheischt, ist gleichgültig. Der Bundesrat kann «wohl zugeben, dass ein Gesetz, während es die früheren Bewilligungen fortbestehen lässt, die Bestimmung aufstellt, es dürfe da, wo keinerlei Bedürfnis nach Vermehrung der Wirtschaften vorhanden ist, keine neue Bewilligung erteilt werden»¹⁾. Eine solche Bestimmung sei erlaubt, weil sie alle Bürger ohne Unterschied treffe. Das ist gründlich falsch. Damit sind zwei Klassen von Individuen geschaffen worden, eine geringe Minderheit, welche das Privilegium besitzt, das Recht des Art. 31 anzurufen und Wirtschaften zu betreiben, und die grosse Mehrheit, welcher durch die Revision von 1885 das Recht des Art. 31 genommen worden ist, und die sich somit auf die Willkür der resp. Kantonsregierungen angewiesen sieht, welche das Patent auf Grund kantonaler Gesetze inskünftig nur im Bedürfnisfalle erteilen. Seine Theorie befolgend, hat der Bundesrat die Bestimmung des st. gallischen Wirtschaftsgesetzes approbirt, wonach die Erteilung neuer Wirtschaftspatente verweigert werden kann, wenn an einem Orte die

¹⁾ Im Gutachten des Justizdepartements, Salis, Nr. 647 (S. 260, I. Abs.).

Zahl der Wirtschaften derart zunimmt, dass dadurch das öffentliche Wohl gefährdet erscheint. Durch Regierungsbeschlüsse, welche sich auf diese Bestimmung stützten, finde keine ungleiche Behandlung der Bürger vor dem Gesetze statt¹⁾.

Es stellt sich also heraus, dass die Theorie von der Gleichberechtigung der Bürger, wie sie der Bundesrat für das Wirtschaftsgewerbe acceptirt hat, *gar keine Folgerung aus Art. 31 Abs. 1* ist, wie der Bundesrat vermeint; sie ist aber ebensowenig eine Folgerung aus Art. 31 litt. c. Weit entfernt davon, die rechtliche Stellung des Wirtschaftsgewerbes, welche letzteres infolge der Revision von 1885 in einer Reihe von Kantonen einnimmt, klarzulegen, hat die sonderbare Theorie des Bundesrates nur dazu beigetragen, die Unsicherheit seiner Rechtsprechung zu erhöhen.

Da das Prinzip der Gleichberechtigung der Bürger, d. i. das Prinzip der Gewerbefreiheit auf das Wirtschaftsgewerbe überall nicht angewendet werden kann, wo die Kantone nach Massgabe des Art. 31 litt. c die Bedürfnisfrage stellen, so ist in diesen Kantonen das Wirtschaftsgewerbe dem Prinzip der Gewerbefreiheit entzogen. In diesem Falle sind die Bundesbehörden aber auch nicht kompetent, auf Beschwerden wegen Verletzung der Gewerbefreiheit einzutreten; wenn sie sich überzeugt haben, dass die Kantone den Vorschriften der litt. c nachgekommen sind, muss der Rekurs wegen Inkompetenz abgewiesen werden.

Nun beansprucht der Bundesrat allerdings die Kompetenz, im *einzelnen Falle* zu prüfen, ob die Verfügung der kantonalen Regierung sich als einen Willkürakt darstelle oder ob sie dem öffentlichen Wohl entspreche, d. h. ob das Bestehen der Wirtschaft ein öffentliches Bedürfnis sei.

¹⁾ B.-Bl. 1893 II 54.

Dazu gelangt er durch die konsequente Verfolgung seiner Annahme, das individuelle Recht des Art. 31 sei durch die Revision nicht beseitigt. Es ist nicht unbegreiflich, dass der Bundesrat diese Kompetenz in Anspruch nimmt; denn durch das Konzessionssystem wird den kantonalen Behörden eine Gewalt übertragen, die leicht missbraucht werden kann¹⁾. Ist nun der Bundesrat imstande gewesen, willkürlicher Behandlung der Bürger erfolgreich entgegenzutreten und dem Gleichheitsgrundsatz zum Siege zu verhelfen? Bei der eigentümlichen Auffassung der Rekursbehörde von letzterem Grundsatz ist es klar, dass Willkürakte der Regierung nicht ausgeschlossen sind. Das ergibt auch die Prüfung der ziemlich umfangreichen Rekurspraxis, aus welcher namentlich die Entscheidungen betreffend die Freiburger Wirtschaftsrekurse²⁾ hervorstechen. Aus der Praxis ist ersichtlich, dass das Prinzip der Gleichberechtigung nur selten Verwendung findet, aus dem sehr einfachen Grunde, weil dessen Durchführung die erhofften Wirkungen der Revision vollständig aufheben würde. Werden die Entscheidungen auf Grund von «Massregeln allgemein verbindlicher Natur» getroffen, auf welche der Bundesrat so grosses Gewicht legt? Davon ist nichts zu bemerken. So wendet die Freiburger Regierung bei der Aufhebung von Wirtschaften, sofern diese wegen mangelnden Bedürfnisses erfolgt, allerdings keine allgemein verbindlichen Vorschriften an³⁾; wenn aber der Bundesrat die Beschwerden abweist, so geschieht dies mit der sehr kurzen Begründung, die Erklärungen der Kantonsregierung erscheinen zutreffend; ebensowenig sind jedoch für seine Entscheidungen

¹⁾ «Die Beibehaltung des Systems der Gewerbekonzession ist nach Einführung der allgemeinen Gewerbefreiheit eine Anomalie, welche der Verwaltungswillkür Tür und Tor öffnet und Unsicherheit und Unzufriedenheit erzeugt». Schöffle in Bluntschlis und Braters Staatswörterbuch, IV, 344.

²⁾ B.-Bl. 1890 I 375—404, 1890 IV 70—105.

³⁾ Soviel aus der Rekurspraxis ersichtlich ist, finden sich die vom B.-R. geforderten allgemein verbindlichen Vorschriften nirgends.

Rechtsregeln massgebend, wenn er die Beschwerden gutheisst, sondern er stellt im Gegensatz zur kantonalen Regierung die Behauptung auf, das Bedürfnis nach der betreffenden Wirtschaft sei *tatsächlich* vorhanden. Diese rein tatsächliche Frage kann nicht nach Rechtsregeln entschieden werden. Ob eine Wirtschaft ein Bedürfnis sei, ist eine *Zweckmässigkeitsfrage*, welche, sofern man sich auf den Standpunkt der Praxis stellt, offenbar von den lokalen und kantonalen Behörden weit besser beurteilt werden kann, als von den obersten eidgenössischen Behörden. Dass freilich hie und da Willkürlichkeiten kantonalen Behörden, die hier weniger gut nachzuweisen sind, infolge der Nachprüfung durch die Bundesbehörden ihre Korrektur gefunden haben mögen, soll nicht bestritten werden; das Verfahren des Bundesrates bietet aber keine Gewähr dafür, dass dadurch jede willkürliche Handlung gut gemacht werde, vermag jedoch andererseits zu bewirken, dass dem *öffentlichen Wohl* nicht die gehörige Berücksichtigung zukommt, worunter der *Zweck* der Revision leidet. Wir kommen deshalb zum Schluss, dass auch vom Gesichtspunkt der *Praxis* aus die Annahme eines garantirten individuellen Rechtes zu keinem erspriesslichen Resultat führt¹⁾.

Zu einem bessern Ergebnis wäre man wohl gelangt, wenn man den während den Beratungen über die Revision des Art. 31 vom Nationalrat acceptirten Zusatz nicht hätte fallen lassen: Die diesbezüglichen Gesetze unterliegen der Genehmigung des Bundesrates. Bei der Prüfung der Gesetze, welche im Beschwerdefall dem Bundesrat doch vorgelegt werden müssen, hätte er die Aufstellung von Detailvorschriften verlangen können, wodurch das Verfahren der kantonalen Behörden, soweit möglich und tunlich, an be-

¹⁾ Vgl. noch B.-Bl. 1891 I 931; 1892 II 550.

bestimmte Regeln zum Schutze der Bürger gegen Willkür gebunden worden wäre ¹⁾).

Wenn wir einerseits die theoretischen Ausführungen des Bundesrates und demzufolge auch die sich hieraus ergebende Praxis verwerfen, so sind wir doch mit ihm darin einig, dass die Revision den Kantonen *nicht* gestattet, nach Belieben zu schalten und zu walten. Die Bundesverfassung lässt den Kantonen nur *bedingungsweise* freie Hand. Sie verlangt, dass die *Beschränkungen* auf einem *Gesetze* beruhen, und dass sie aus *Gründen des öffentlichen Wohles* erlassen seien.

1. Der ersteren Forderung kommt Bedeutung in zweifachem Sinne zu.

a) Die Bundesverfassung entzieht das Wirtschaftsgerwerbe nicht dem Prinzip der Gewerbefreiheit, sondern ermächtigt die Kantone, von der Lizenz des Art. 31 litt. c Gebrauch zu machen. Für den Rechtsstaat ist selbstverständlich, dass diese Beschränkung der allgemeinen Gewerbefreiheit von den Kantonen durch Gesetz ausdrücklich konstatirt werde; andernfalls bleibt das Grundprinzip des Art. 31 in Kraft. Darüber hat sich der Bundesrat in dem

¹⁾ Ein Beispiel dafür, wie bei der Verweigerung von Wirtschaftspatenten das öffentliche Wohl nur den Scheingrund bildet, zeigt das Vorgehen der Regierung von Uri gegen die Dampfschiffgesellschaft auf dem Vierwaldstättersee. Der Wirtschaftsbetrieb auf den Dampfschiffen derselben wurde untersagt, in der Erwägung, es sei der Betrieb einer solchen Wirtschaft auf ernerischem Seegebiete mit Rücksicht auf die grosse Anzahl der Gast- und Wirtshäuser in Flüelen weder für Fremde noch Einheimische ein Bedürfnis. Ganz abgesehen davon, dass die regierungsrätliche Verfügung, wie es scheint, kein Gesetz im Sinne des Art. 31 litt. c zur Grundlage hatte, macht sich einzig das Bestreben geltend, die Wirte in Flüelen vor Konkurrenz zu schützen, s. Salis, Nr. 469. Zu diesen und ähnlichen Zwecken wurde Art. 31 ganz gewiss nicht revidirt. Eine zweckmässige, erheblichen Erfolg versprechende Bundesaufsicht ist offenbar dringend notwendig bei den misslichen Rechtszuständen in einzelnen Kantonen; die jetzt ausgeübte Aufsicht ist freilich unzweckmässig und juristisch inkorrekt. In der künftigen eidgen. Gewerbeordnung sollten auch das Wirtschaftswesen betreffende Bestimmungen Aufnahme finden.

schon citirten Kreisschreiben vom 1. Juni 1886 folgendermassen geäussert: «Der revidirte Art. 31 der Bundesverfassung sagt ausdrücklich, dass die Kantone auf dem Wege der Gesetzgebung die Ausübung des Wirtschaftsgewerbes beschränken können. Demnach kann es nicht in der Befugnis der kantonalen Administrativbehörden liegen, durch allgemeine Verfügungen oder durch Entscheidungen von Fall zu Fall in Anwendung der angeführten Bestimmung der Bundesverfassung die Eröffnung von Wirtschaften wegen mangelnden Bedürfnisses nicht zu bewilligen. Es bedarf vielmehr einer kantonalen gesetzlichen Grundlage, auf welche gestützt die Gemeinde-, Bezirks- und Regierungsbehörden der Kantone in dieser Richtung und im gedachten Sinne verfügen können.

Diejenigen Kantone, deren Gesetzgebung nichts davon sagt, dass die Wirtschaftsbewilligungen nach Massgabe des durch die Bevölkerung und den Verkehr einer Ortschaft sich ergebenden öffentlichen Bedürfnisses erteilt, bzw. verweigert werden, haben also diese Lücken auszufüllen, wenn sie inskünftig an Patentgesuche den erwähnten Massstab anlegen wollen^{1) 2)}. »

1) Salis, Nr. 646, 2, vgl. B.-Bl. 1893 II 53.

2) Merkwürdigerweise hielt der B.-R. das Erfordernis einer gesetzlichen Grundlage für geleistet, wenn ein *vor* 1885 erlassenes Gesetz eine Bestimmung enthielt, welche den Behörden die Stellung der Bedürfnisfrage ermöglichen sollte. Er nahm an, dass mit dem Erlöschen des bis 1885 geltenden Art. 31 und dem Inkrafttreten einer anders lautenden bundesrechtlichen Bestimmung die kantonale gesetzliche Vorschrift wieder auflebe und vollziehbar werde. Demgegenüber vertrat das B.-Gericht in zwei Entscheidungen vom Jahre 1889 mit Recht die Ansicht, es seien gemäss Art. 2 der Übergangsbestimmungen zur B.-V. von 1874 auch die bloss mit der bundesrechtlichen Praxis als der logischen Entfaltung des Verfassungsinhaltes unvereinbaren kantonalen Satzungen mit der Annahme der B.-V. ohne weiteres aufgehoben worden. Das B.-Gericht wies darauf hin, dass in denjenigen Kantonen, welche nach 1879 die Todesstrafe wieder anzuwenden beabsichtigt hatten, diese Straftart erst durch Erlass neuer Gesetze verhängt werden konnte. Den Ausführungen des B.-Gerichtes hat sich der B.-R., zwar mit einigem Widerstreben, angeschlossen. Salis, Nr. 646 a, bundesgerichtliche Entscheidungen XV 159; B.-Bl. 1892 II 547, 548.

b) Der Bundesrat hält dafür, dass ein Gesetz, welches bloss das Belieben der Verwaltungsbehörden gutheisst, keineswegs denjenigen Schutz gegen Regierungswillkür biete, den man den Bürgern habe gewähren wollen. Das ist richtig; zur Sicherung der Bürger vor willkürlichen Massregeln ist ein Gesetz notwendig, wobei freilich der Gleichheitsgrundsatz als Konsequenz des individuellen Rechts nicht in Betracht kommen kann. Die Kantone sollen genaue und detaillierte Bestimmungen über das Wirtschaftswesen aufstellen, nicht weil der Bürger ein von der Bundesverfassung gewährleistetes Recht willkürlichen Massregeln gegenüber anrufen könnte, sondern weil litt. c, wie ihre Entstehungsgeschichte dartut, eine ausführliche Gesetzgebung verlangt. Der beste Schutz gegen Missbräuche liegt freilich in der Pflichttreue der Beamten; dass diese nicht immer musterhaft, ist bekannt. Wegen missbräuchlicher Anwendung der Gesetze steht dem Bürger das Rekursrecht an die gesetzgebende Behörde des betreffenden Kantons offen.

2. Was den Inhalt des Gesetzes betrifft, so schreibt die Bundesverfassung vor, die Gesetzgebung dürfe sich nur von der Rücksicht auf das öffentliche Wohl leiten lassen. Was aber das öffentliche Wohl verlangt, darüber mag man in den verschiedenen Kantonen ganz verschiedener Ansicht sein, soweit die einzelnen Bestimmungen in Frage kommen. Der Bundesrat glaubt, dass darüber den Kantonen und nicht dem Bunde das Urteil zukomme. Im allgemeinen soll damit wohl verhindert werden, dass die Beschränkung der freien Konkurrenz nicht zu Gunsten Einzelner, namentlich der Wirte, ausgenutzt werde. Ungerechtfertigt wäre nach Ansicht des Bundesrates z. B. der prinzipielle Ausschluss von Kantonsfremden von der Patenterteilung, die Aufhebung sämtlicher Weinschenken, wohl auch die Monopolisierung des Gewerbes durch den Staat.

Aus dem Vorstehenden ergibt sich, dass die Rechtsprechung der Bundesbehörden sich darauf beschränken muss, zu prüfen, ob die in Art. 31 litt. c von der Bundesverfassung aufgestellten Bedingungen erfüllt seien, ob also die Beschränkungen auf dem Wege der Gesetzgebung vorgenommen seien, ob sie genaue Vorschriften enthalten, welche die Willkür nach Möglichkeit ausschliessen, und ob sie dem öffentlichen Wohl entsprechen. Darnach unterliegen der Prüfung zwar die kantonalen *Gesetze*, *nicht* aber deren *Anwendung im einzelnen Fall*, sofern sie tauglich befunden worden sind; denn nicht ein von der Bundesverfassung gewährleistetes individuelles Recht liegt in Frage, sondern nur die Verpflichtung der Kantone, den an sie gestellten Anforderungen der Bundesverfassung nachzukommen. Falls der angefochtenen Verfügung die gesetzliche Grundlage fehlt oder das Gesetz sich als untauglich erweist, so entscheidet der Bundesrat auf Grund des Hauptprinzips des Art. 31. Ist dagegen vom Standpunkt der Bundesverfassung gegen das kantonale Gesetz nichts einzuwenden, so muss jeder Rekurs, welcher sich ja nur auf das individuelle Recht stützen kann, abgewiesen werden, weil eben das behauptete Recht nicht mehr existirt. Die richtige Anwendung und Auslegung der Gesetze gewährleistet der Bund keineswegs.

Noch in der Mehrzahl der Kantone beherrscht zur Zeit das Prinzip der Gewerbefreiheit das Wirtschaftsgewerbe, so dass einzig *polizeiliche* Massregeln, die sich auf den Wirtschaftsbetrieb beziehen, zulässig sind. Die Bestimmungen der kantonalen Wirtschaftsgesetze werden sich in dieser Hinsicht beziehen entweder auf die *Person* des Patentbewerbers oder auf das Wirtschafts*lokal*.

1. Soweit die *Person* in Frage kommt, muss das Patent im Prinzip jedem Bewerber erteilt werden; bezüglich dieses Punktes ist auf die Darlegung der allgemeinen Grundsätze zu verweisen. Neben den dort schon citirten,

das Wirtschaftsgewerbe betreffenden Entscheidungen müssen hier noch diejenigen Erkenntnisse angeführt werden, welche sich auf Bestimmungen beziehen, gegen welche vom Standpunkt des Bundesrechtes nichts einzuwenden ist.

Als rein *polizeiliche* Massregel charakterisirt sich die allgemeine Forderung *moralischer* Garantie von Seiten des Inhabers einer Wirtschaft für Handhabung guter Ordnung und Beobachtung der gesetzlichen Vorschriften ¹⁾. Wirtschaftspatente brauchen daher nur an Leute mit gutem Leumund erteilt zu werden. Einen solchen geniessen nicht kriminalisirte und, nach einem Erkenntnis von 1884, Fallite, denen infolge ihres Fallissements die bürgerlichen Ehrenrechte abgesprochen sind. In seiner allgemeinen Fassung lässt sich der Satz wohl nicht halten, dass Fallite keine moralische Garantie für ehrbare Wirtschaftsführung bieten; das lässt sich bloss von Fall zu Fall feststellen ²⁾. — Mehrfache Übertretungen auch bloss polizeilicher Vorschriften, namentlich derjenigen über den Wirtschaftsbetrieb rechtfertigt ohne Zweifel Verweigerung oder Entzug des Patent ³⁾. — Mit Recht hat ferner der Bundesrat die Angabe, der Patentbewerber sei körperlich zum Wirtschaftsbetrieb nicht befähigt, als zur Patentverweigerung ungenügend angesehen ⁴⁾. — Naheliegende und überzeugende Erwägungen praktischer Natur haben den Bundesrat bestimmt, in denjenigen Fällen, wo dem Familienhaupte die nötigen gesetzlichen Eigenschaften zum Wirtschaftsbetrieb mangeln, auch die mit ihm in ungetrenntem Haushalte lebenden Familienglieder von der Patenterteilung auszuschliessen ⁵⁾. Immerhin wird man einem Erkenntnis bei-

¹⁾ Salis, Nr. 651, I, vgl. B.-Bl. 1892 IV, 16, II 926; Salis, Nr. 655.

²⁾ Salis, Nr. 661.

³⁾ Salis, Nr. 660, 672.

⁴⁾ Salis, Nr. 654; B.-Bl. 1893 I 265.

⁵⁾ Salis, Nr. 661, 662, 664.

pflichten, wonach auch bei ungetrennter Haushaltung des Patentbewerbers mit einem übelbeleumdeten Subjekt im einzelnen Fall die Entscheidung von den tatsächlichen Verhältnissen abhängig zu machen ist¹⁾. — In einigen Kantonen (Basel, Zug) finden sich Bestimmungen, gestützt auf welche die kantonalen Behörden auf Häuser, die längere Zeit in üblem Rufe gestanden haben, Wirtschaftsbewilligungen, wenigstens auf angemessene Dauer, zu verweigern befugt sind. Die Bundesversammlung hat zu Gunsten solcher Vorschriften entschieden²⁾; der Bundesrat, dem wir hier zustimmen, wollte den Entzug des Patentes wegen strafbarer Handlungen des Wirtes dem gutbeleumdeten Nachfolger gegenüber nicht als Grund der Verweigerung geltend machen³⁾. Der üble Ruf einer Wirtschaft wird durch ihren Betrieb begründet und liegt nicht in der Lokalität; die Gründe, welche es rechtfertigen, den Betrieb des Lokals wegen polizeilich zu verbieten, sind bau- und sanitätpolizeilicher Natur; der Person des Wirtes gegenüber fallen sittenpolizeiliche Motive in Betracht. — Unrichtig ist ferner ein Entscheid des Bundesrates vom 24. Dezember 1892. Der Rekurrent besass ein Wirtschaftspatent, das er beim Verkauf seines alten Hauses gegen entsprechend höheren Preis mitveräusserte; für sein neues Haus bewarb er sich dann um eine neue Wirtschaftsbewilligung. Ohne Zweifel muss ihm das Patent erteilt werden; wenn er «die staatliche Bewilligung zur Ausübung des Gewerbes zu einem Gegenstand der Handelsspekulation macht», so geht das die Regierung offenbar nichts an; wenn sie daran Anstoss nimmt, so soll das kantonale Gesetz geändert werden, welches, wie es scheint, die Konzession

1) Salis, Nr. 663; B.-Bl. 1892 II 926.

2) Salis, Nr. 670, 652; B.-Bl. 1893 I 264.

3) Salis, Nr. 653.

beim Wechsel in der Person des Wirtes nicht erlöschen lässt¹⁾.

2. Gerechtfertigt ist nach bundesrätlicher Praxis die gesetzliche Forderung, dass das *Lokal* nicht gesundheits-schädlich sei, ferner dass es sich nicht in der Nähe einer Schule, Kirche, eines Spitals oder einer ähnlichen Anstalt befinde²⁾. Es soll ferner zum Lokal ein freier Zugang sein und dasselbe von der Polizei leicht überwacht werden können. Die Bewilligung darf die Behörde nicht aus dem Grunde verweigern, weil das Gebäude, in welchem die Wirtschaft betrieben werden soll, in einer abgelegenen Gegend und entfernt vom nächstgelegenen Polizeiposten liegt³⁾. Die Prüfung und Entscheidung der Frage, ob im einzelnen Falle die Voraussetzungen zur Anwendung dieser an und für sich zulässigen kantonalen Vorschriften erfüllt sind oder nicht, liegt in der Kompetenz der *kantonalen* Behörden⁴⁾.

Besteuerung des Wirtschaftsgewerbes. Ausdrücklich behält die Bundesverfassung den Kantonen die Kompetenz vor, den Gewerbebetrieb als solchen zu besteuern. Einen Rekurs aargauischer Wirte, deren Interpretation des Art. 31 litt. e darauf hinauslief, es sei erlaubt, auch die Gewerbetreibenden den allgemeinen Vorschriften des Kantons über Besteuerung von Vermögen und Erwerb zu unterstellen, wies der Bundesrat ab, weil sich das von selbst verstehe. «Die Bundesverfassung hat vielmehr die in allen Kantonen bestehenden besonderen auf einzelne Gewerbe sich beziehenden Steuervorschriften im Auge und will durch den Vorbehalt der litt. e vorsorgen, dass aus dem allgemeinen Grundsatz der Handels- und Gewerbefreiheit nicht ohne

1) B.-Bl. 1893 II 55.

2) Salis, Nr. 651, 2 u. 3.

3) Salis, Nr. 651, 4; vgl. Nr. 667.

4) Salis, Nr. 651, 5.

weiteres die Beseitigung aller Vorschriften der genannten Art gefolgert werde. Diese kantonalen Vorschriften sollen den Grundsatz der Handels- und Gewerbefreiheit nicht beeinträchtigen dürfen. Es handelt sich also darum, im einzelnen Falle zu untersuchen, ob ein bestimmtes Gewerbe durch die Art und Weise seiner Besteuerung in seiner Freiheit beeinträchtigt werde, wobei die Freiheit des Gewerbebetriebes nicht mit der Rentabilität desselben verwechselt werden darf». Rekurse sind gutzuheissen, wenn es sich herausstellt, dass die Gewerbesteuer den Wirtschaftsbetrieb verunmöglicht. Wenn aber die Beschwerdeführer über die Ungerechtigkeit klagen, welche darin liege, dass das Wirtschaftsgewerbe einer besonderen Belastung unterstellt sei, während andere Gewerbe lediglich die einfachen allgemeinen Staats- und Gemeindesteuern zu tragen haben, so muss sich der Bundesrat inkompetent erklären, weil das Steuerwesen in das Gebiet kantonaler Befugnis gehört¹⁾.

Die Kantone sind befugt, neben dem Wirtschaftswesen auch den *Kleinhandel mit geistigen Getränken* in Quantitäten unter 2 Liter auf dem Wege der Gesetzgebung den durch das öffentliche Wohl geforderten Beschränkungen zu unterwerfen, Art. 31 litt. c. und Art. 32^{bis} 2. Absatz.

Überdies ist der Kleinhandel mit *gebrannten* geistigen Getränken aller Art in Quantitäten unter 40 Liter an eine der Grösse und dem Wert des Umsatzes entsprechende Verkaufssteuer geknüpft, welche bis zum Erlass eines Bundesgesetzes von den Kantonen festgesetzt wird.

Der Verkauf von *gebrannten Wassern aller Art* in Quantitäten von mindestens 40 Liter ist ein *freies* Gewerbe (Grosshandel), Bundesgesetz betreffend gebrannte Wasser, Art. 8²⁾.

¹⁾ Salis, Nr. 648, vgl. Nr. 649.

²⁾ Wolf I 962.

3. Die Praxis betreffend die politischen Rechte der Niedergelassenen und Aufenthalter gemäss Art. 43 und 47 der Bundesverfassung.

I. Die Ausscheidung der Kompetenzen zwischen Bundesrat und Bundesgericht.

Die *Bundesverfassung von 1874* teilte in Art. 113 dem Bundesgericht zur Beurteilung zu alle Rekurse wegen Verletzung der *verfassungsmässigen Rechte der Bürger* mit Ausnahme der sog. *Administrativstreitigkeiten*, mit Bezug auf welche aus praktischen Gründen die Rechtsprechung den *politischen* Bundesbehörden verbleiben sollte. Als Administrativstreitigkeiten galten nach dem Organisationsgesetz vom 27. Juni 1874 auch Beschwerden *gegen die Giltigkeit* kantonaler Wahlen und Abstimmungen. Wie sich in der Folge zeigte, war diese Bestimmung ungenau und zu eng abgefasst; der Bundesrat sah sich deshalb bald genötigt, Art. 59 Ziff. 9 des Organisationsgesetzes eine ausdehnende Interpretation zu geben. Er anerkannte nämlich das Beschwerderecht der Bürger auch in den Fällen, wo man gegenüber den Beschlüssen der kantonalen Behörden die *Giltigkeit* einer kantonalen Wahl oder Abstimmung behauptete und durch Anrufung der eidgenössischen Rekursinstanz zur Anerkennung bringen wollte ¹⁾.

¹⁾ Salis, Nr. 772.

Von viel grösserer Tragweite war jedoch, dass der Bundesrat die Kompetenz, *Stimmrechtsbeschwerden* zu entscheiden, für sich in Anspruch nahm. Der Bundesrat gab allerdings zu, dass nach dem Wortlaut des Organisationsgesetzes von 1874 das Bundesgericht als die zur Entscheidung kompetente Behörde betrachtet werden müsse; denn die Art. 5 und 6 der Bundesverfassung, welche die Stimmberechtigung als politisches Grundrecht anerkennen, finden sich in Art. 59 nicht speziell aufgezählt. Dem Bundesrat wollte es sogar zuerst scheinen, dass die Beschwerden der niedergelassenen Schweizerbürger betr. Stimmberechtigung vom Bundesgericht zu behandeln seien; letzteres lehnte jedoch diese Kompetenz ab, mit dem Hinweis, dass dies eine wesentlich politische Frage sei, welche der Gesetzgeber laut Art. 59 Ziff. 5 dem Entscheid des Bundesrates und der Bundesversammlung zu übertragen beabsichtigt habe¹⁾.

Die politischen Bundesbehörden besassen demnach unbestritten die Kompetenz, die Stimmrechtsbeschwerden der niedergelassenen Schweizerbürger zu entscheiden; es fragte sich nunmehr, ob sie auch kompetent seien, die Stimmrechtsbeschwerden zu erledigen, welche anlässlich kantonaler Wahlen und Abstimmungen erhoben wurden, auch wenn sich herausstellte, dass dieselben auf die Giltigkeit des konkreten Wahlaktes zufällig ohne Einfluss geblieben sind. Der Bundesrat anerkennt zwar, dass Art. 59 Ziff. 9 Stimmrechtsbeschwerden dem Entscheid des Bundesrates nicht unterstelle, spricht sich aber dennoch für seine Kompetenz aus: « Stimmrechtsfragen lassen sich von den Wahl- und Abstimmungsfragen sachlich nicht trennen, und es ist logisch geboten, derjenigen Behörde, welche über die letzteren zu erkennen hat, auch die Beurteilung der ersteren

¹⁾ Salis, Nr. 773, s. die Botschaft des B.-R. betr. das Organisationsgesetz von 1874, Salis, Nr. 163.

zu übertragen; denn die Stimmrechtsfragen sind als ein wesentlicher Bestandteil, ja als der Kern der Wahlgiltigkeitsfragen anzusehen. . . . Der innere Grund der Kompetenz des Bundesrates liegt in dem innern Zusammenhang zwischen den beiden Fragen: Stimmrecht des Einzelnen und Giltigkeit des Wahl- und Abstimmungsaktes. Und ein jeder Stimmrechtsentscheid ist von präjudizieller Bedeutung für eine Wahl oder Abstimmung. Die Präjudizien für seine Entscheidungen über Wahlbeschwerden darf sich aber der Bundesrat nicht von einer andern Behörde diktiren lassen, sonst hört er auf, Richter über die Beschwerden zu sein »¹⁾. Die Notwendigkeit einer einheitlichen Rechtsprechung in allen politischen Stimmrechts-, Wahl- und Abstimmungsfragen hat den Bundesrat gezwungen, die Kompetenz in allen diesen Fragen, entgegen dem Wortlaut des Gesetzes, zu beanspruchen. Derselbe Grundgedanke veranlasste ihn, in seiner Botschaft betr. den Entwurf zu einem neuen Bundesgesetz über die Organisation der Bundesrechtspflege vom 5. April 1892 zu empfehlen, die Kognition über die ganze Materie eventuell dem Bundesgerichte zu übertragen, falls sie nicht den politischen Bundesbehörden überwiesen würde, nur damit die Einheit der Rechtsprechung gewahrt werde²⁾. Das Organisationsgesetz vom 22. März 1893 hat denn auch die Entscheidungsbefugnis über diese gesamte Materie in die Hand einer einzigen Behörde und zwar der politischen gelegt und bestimmt demnach in Art. 189: Der Bundesrat oder die Bundesversammlung hat zu beurteilen: Beschwerden betr. die politische Stimmberechtigung der Bürger und betr. kantonale Wahlen und Abstimmungen, auf Grund sämtlicher einschlägiger Bestimmungen des kantonalen Verfassungsrechts und des Bundesrechts.

¹⁾ Salis, Nr. 772 a.

²⁾ B.-Bl. 1892 II 387 ff.

Eine weitere Streitfrage hat in neuester Zeit ebenfalls ihre Erledigung gefunden. Das Bundesgericht betrachtete den Bundesrat bloss kompetent, wenn es sich um Beschwerden wegen kantonaler Wahlen oder Abstimmungen im engeren Sinne des Wortes handelte, d. h. mit Ausnahme von Wahlen oder Abstimmungen, welche nur einen *Bezirk* oder eine *Gemeinde* betreffen, wegen der eminent politischen Bedeutung jener Wahlen; dagegen verbleibe es für die Beurteilung anderer Beschwerden wegen kantonaler Wahlen und Abstimmungen bei der allgemeinen Regel des Art. 59 des Organisationsgesetzes, wonach staatsrechtliche Beschwerden vom Bundesgericht zu prüfen seien. Dagegen führte der Bundesrat, welcher eine Reihe von Rekursen betr. Bezirks- und Gemeindewahlen und -abstimmungen erledigt hatte, aus, dass auch hier die Einheit der Rechtsprechung die Beurteilung durch eine einzige Behörde verlange und dass ohne Zweifel Bezirks- oder Gemeindewahlen einen eminent politischen Charakter haben könnten. Dieser Ansicht schloss sich das Bundesgericht an. Beide Kollegien stimmten aber überein, dass nach der Absicht des Gesetzgebers nicht sämtliche auf Wahlen und Abstimmungen sich beziehende kantonalgesetzliche Vorschriften beim Bundesrat und bei der Bundesversammlung angefochten werden können; letzteren sollten allein Beschwerden wegen kantonaler Wahlen und Abstimmungen, insbesondere Fragen der Stimmberechtigung ihres politischen Charakters wegen zur Erledigung zugewiesen werden¹⁾. — Eine genauere Ausscheidung der Kompetenzen zwischen Bundesrat und Bundesgericht findet sich übrigens auch im neuen

¹⁾ Die cit. Botschaft vom 5. April 1892 betont übrigens ausdrücklich, dass unter kantonalen Wahlen und Abstimmungen nicht bloss solche zu verstehen seien, welche den Kanton als Ganzes angehen, sondern auch Bezirks- und Kommunalwahlen, im Gegensatz zu eidg. Wahlen und Abstimmungen, B.-Bl. 1892 II 390.

Organisationsgesetz nicht¹⁾. Festgestellt ist nunmehr, dass das Bundesgericht Beschwerden betr. passive Wahlfähigkeit beurteilen soll, weil diese Frage nicht sowohl den Wahlvorgang als solchen, das Zustandekommen einer Wahl als Ergebnis der Stimmgebung der stimmberechtigten Bürger betreffe, als vielmehr die Vereinbarkeit dieses Resultats mit gewissen Satzungen des kantonalen Staatsrechts berühre, also wesentlich eine zu gerichtlicher Verhandlung sich eignende Rechtsfrage sei²⁾.

II. Die Praxis betreffend das politische Domizil der Niedergelassenen und Aufenthalter.

Der Schweizerbürger übt seine politischen Rechte in *eidgenössischen* wie in *kantonalen* und *Gemeindeangelegenheiten* an seinem *Wohnsitze* aus.

Als Wohnsitz im Sinne des Art. 43 *Abs. 2* bezeichnet Art. 3 des Bundesgesetzes betr. die eidgenössischen Wahlen und Abstimmungen den Ort, wo der Schweizerbürger als Ortsbürger oder als Niedergelassener oder Aufenthalter wohnt³⁾; als Wohnsitz im Sinne des Art. 43 *Abs. 4* ist derjenige Ort zu betrachten, an welchem der Schweizerbürger als Niedergelassener und der Kantonsbürger als Ortsbürger oder Niedergelassener wohnt.

¹⁾ Kompetenzkonflikte zwischen B.-R. und B.-Gericht scheinen deshalb auch fernerhin nicht zu den Unmöglichkeiten zu gehören. Die von Salis Nr. 832 u. 827 angeführten Fälle hätten wohl eher vor das B.-Gericht gehört. In beiden handelte es sich weder um Giltigkeit oder Ungiltigkeit einer kantonalen Wahl oder Abstimmung noch um Stimmrechtsbeschwerden, sondern im ersteren darum, ob der grosse Rat von Luzern eine Verfassungsvorschrift über Anordnung der Volksabstimmung bei Verlangen einer Revision der kantonalen Verfassung befolgt habe, während im zweiten Fall die Frage der politischen Organisation des Kts. Uri zur Erörterung kam. Vgl. Nr. 791.

²⁾ Salis, Nr. 775, 780—781, I, S. 312, 313.

³⁾ Wolf I 70.

Es handelt sich hier somit um ein Verhältniss des *öffentlichen* Rechts; ob Jemand in einem Kanton und in einer Gemeinde in der Eigenschaft eines Kantonsbürgers, eines Ortsbürgers, eines Niedergelassenen oder Aufenthalers wohnt, darnach, d. h. nach dem Wohnsitz der Subjekte der aktivbürgerlichen Rechte wird gefragt. Demgemäss ist hier von einem öffentlichrechtlichen Wohnsitz die Rede, nicht vom Domizil im *privatrechtlichen* Sinne. Dass privatrechtlicher und öffentlichrechtlicher Wohnsitz auseinander zu halten seien, konstatirte der Bundesrat schon zu wiederholten Malen bei der Entscheidung von Niederlassungsrekursen¹⁾. In neuester Zeit hat er jedoch anlässlich eines Stimmrechtsrekurses diese Unterscheidung missachtet. Nach § 27 der Staatsverfassung des Kantons Luzern wird das Stimmrecht für kantonale Wahlen und Abstimmungen ausschliesslich in der Wohngemeinde ausgeübt. Als Wohngemeinde gilt diejenige Gemeinde, wo der betr. Bürger in den letzten drei Monaten vor der fraglichen Wahl oder Abstimmung seinen ununterbrochenen gesetzlich regulirten Wohnsitz gehabt hat. Der Bundesrat erklärte nun diese Bestimmung folgendermassen. Die Kantonsverfassung knüpfe das Stimmrecht in kantonalen Angelegenheiten an die Tatsache des Wohnsitzes in einer Gemeinde des Kantons. Der Begriff des Wohnsitzes sei in der Verfassung nicht näher bestimmt; daher dürfe angenommen werden, dass für denselben die *gemeinrechtlich* feststehenden Merkmale gälten, nach welchen zum Begriff des Wohnsitzes das Zusammentreffen zweier Elemente notwendig sei: 1. eines äussern, objektiven: Der Ort müsse den Mittelpunkt der Lebensführung des Betreffenden bilden, und 2. eines innern, subjektiven, eines Willenselementes: Der Betreffende müsse diesen Ort auch in der Tat als sein gegen-

¹⁾ S. oben, Recht auf Niederlassung, S. 20.

wärtiges Heim betrachten, er müsse den Willen haben, an demselben dauernd zu verweilen. Wenn diese Bedingungen erfüllt seien, so habe die Person an dem fraglichen Orte den Wohnsitz erworben ¹⁾.

Wie man sieht, identifiziert der Bundesrat civilrechtlichen und öffentlichrechtlichen Wohnsitz, indem er die Merkmale des ersteren auf letzteren überträgt. Offenbar versteht jedoch die luzernische Staatsverfassung unter dem gesetzlich regulierten Wohnsitz nichts anderes als die Niederlassung, also den öffentlichrechtlichen Wohnsitz. Als politisches Domizil gilt diejenige Gemeinde, wo der betr. Bürger in den letzten drei Monaten vor der fraglichen kantonalen Wahl oder Abstimmung ununterbrochen niedergelassen war.

Welche Merkmale weist denn der öffentlichrechtliche, der politische Wohnsitz auf? Der Wille, an einem Orte dauernd zu verweilen, ist zur Erlangung des politischen Domizils nicht erforderlich; so hat in der Regel der Aufenthaltler nicht die Absicht des ständigen Aufenthaltes am Aufenthaltsorte, ist also an diesem civilrechtlich nicht domizilirt, aber trotzdem kann er in eidgenössischen Angelegenheiten am Aufenthaltsorte sein Stimmrecht ausüben. Ebenso ist keineswegs ausgeschlossen, dass ein Niedergelassener am Niederlassungsorte nicht domizilirt ist, weil die N. auch ohne den Willen des ständigen Aufenthaltes erworben wird, dass er aber dennoch bei kantonalen Wahlen und Abstimmungen Stimmrecht besitzt. Mit dem subjektiven Element fällt auch das objektive, die Realisierung des Willens, dahin; Jemand kann als Niedergelassener oder Aufenthaltler in einer Gemeinde im Sinne des Art. 43 wohnen, ohne dass diese den Mittelpunkt seiner Lebensführung bildet.

¹⁾ Salis, Nr. 834 a; vgl. die Unterscheidung zwischen politischem und civilrechtlichem Domizil, Salis, Nr. 396, I.

Notwendig zur Erlangung des politischen Wohnsitzes ist der Wille des betreffenden Schweizerbürgers, an einem Orte sein Stimmrecht auszuüben. Dieser Wille muss nach zwei Richtungen in die Erscheinung treten.

1. Er muss *formell*, d. h. durch den Besitz einer *Niederlassungs-* oder *Aufenthaltsbewilligung*, dokumentirt sein ¹⁾.

a) Bei *eidgenössischen* Wahlen und Abstimmungen wird das Stimmrecht von jedem Schweizerbürger da ausgeübt, wo er als Ortsbürger oder als Niedergelassener oder Aufenthalter wohnt ²⁾. Diese Vorschrift ist nicht zwingend; die Kantone sind zwar verpflichtet, ausser den Ortsbürgern diejenigen zur Stimmrechtsausübung zuzulassen, welche als Niedergelassene oder Aufenthalter zu betrachten sind; sofern sie aber darauf verzichten, von Ortsfremden die Einholung einer Niederlassungs- oder Aufenthaltsbewilligung zu verlangen und deren N. oder Aufenthalt aus den tatsächlichen Verhältnissen ableiten, so verstossen sie in keiner Weise gegen das Bundesrecht ³⁾. — Mit Recht hat sich übrigens der Bundesrat dahin geäussert, dass der Besitz einer Niederlassungs- oder Aufenthaltsbewilligung nicht einmal erforderlich sei. Erforderlich ist allein, dass der Bürger sich rechtzeitig vor dem Wahl- oder Abstimmungstag um die Ausstellung einer solchen Bewilligung beworben habe, ohne dass die Nichtablieferung derselben seitens der Behörde auf ein Verschulden oder einen Fehler des Bürgers zurückzuführen wäre ⁴⁾.

b) In *kantonalen* und *kommunalen* Angelegenheiten sind ausser den Gemeindebürgern die niedergelassenen

¹⁾ Bei Ortsbürgern fällt dieses Erfordernis weg.

²⁾ Auf Grund einer solchen Bewilligung kann der nach der Gesetzgebung des Wohnsitzkantons stimmberechtigte Schweizerbürger seine Eintragung in das Stimmregister verlangen, falls dieses nicht bereits geschlossen ist, was frühestens drei Tage vor dem Wahl- oder Abstimmungstag geschehen darf, B.-Gesetz vom 19. Juli 1872, Art. 6, Wolf I 71.

³⁾ Salis, Nr. 390, I.

⁴⁾ Salis, Nr. 811 II.

Schweizerbürger, Kantonsbürger und Kantonsfremde stimmberechtigt. Die kantonsfremden Schweizerbürger erwerben das Stimmrecht nach einer N. von drei Monaten. Auch hier enthält die Bundesverfassung nur das Minimum der den Schweizerbürgern zu gewährenden Rechte. Wo also eine Kantonsverfassung die Niedergelassenen und Aufenthalter bezüglich deren Stimmberechtigung günstiger behandelt, als die Bundesverfassung vorschreibt, muss die erstere der letzteren vorgehen. So fordert z. B. der Kanton Zug für die Stimmberechtigung in kantonalen Angelegenheiten bloss den *Wohnsitz* von drei Monaten¹⁾. — Es fragt sich, welcher Zeitpunkt für die Berechnung der dreimonatlichen Wartefrist massgebend sei. Nach der bundesrätlichen Praxis sind die Wirkungen der Niederlassungsbewilligung auf den Zeitpunkt zurückzubeziehen, in welchem das Begehren um Erteilung der N. unter Einlegung der erforderlichen Ausweisschriften zuständigen Ortes angebracht wird; der Tag der Entscheidung über das Niederlassungsgesuch gilt nicht als massgebend²⁾. Demnach kann die Eintragung in das Stimmregister begehrt werden, drei Monate nachdem der Petent diese Formalität erfüllt hat³⁾. Von seiner Praxis ist der Bundesrat in einem Erkenntnis vom 30. Juni 1891 abgewichen. Darnach sollte, wenn in einer erteilten Niederlassungsbewilligung die formelle Anerkennung liege, dass ihr Träger schon seit einem früheren Zeitpunkt in der Gemeinde domiziliert sei, für die politischen Rechte wie die Pflichten des Niedergelassenen dieser frühere Standpunkt entscheidend sein⁴⁾. Die hier geäusserte Ansicht ist mit Art. 43 Abs. 5, welcher die Kantone ermächtigt, den Niedergelassenen das Stimmrecht erst nach einer *Niederlassung* von drei Monaten zu gewähren, ohne Zweifel unvereinbar. Die

1) Salis, Nr. 787.

2) Salis, Nr. 400, 388, I.

3) Salis, Nr. 793 II, 490, 3.

4) Salis, Nr. 793 a.

Entscheidung des Bundesrates scheint nur geeignet zu sein, Verwirrung hervorzurufen; denn an Stelle des sichern Datums des Niederlassungsbegehrens tritt das ganz unsichere des Beginns des Wohnsitzes im Kanton und in der Gemeinde. Übrigens ist der Bundesrat am 11. September 1891 anlässlich einer Beschwerde aus dem Kanton Luzern von seiner 2^{1/2} Monate vorher geäußerten Meinung abgekommen und zur älteren Praxis zurückgekehrt. Die Beschwerdeführer hatten nämlich den tatsächlichen Wohnsitz in der betreffenden Gemeinde schon seit 1889 und 1890, nahmen aber erst im Februar 1891 die zum Erwerb des Stimmrechts notwendige Regelung des Wohnsitzes durch Abgabe des Heimatscheines vor. Der Bundesrat hielt nun dafür, die Regierung von Luzern habe den beiden Rekurrenten mit Recht die Teilnahme an den Wahlen vom 15. Februar und 15. März 1891 untersagt, weil zu dieser Zeit die Betreffenden noch keinen gesetzlich regulirten ununterbrochenen Wohnsitz von wenigstens drei Monaten vor dem Wahl- oder Abstimmungstag besessen hätten; dagegen dürfe ihnen für die Wahlen vom 10. Mai 1891 das Stimmrecht nicht verweigert werden¹⁾.

2. Der Schweizerbürger muss sich an dem Orte, an welchem er stimmen will, und an welchem er seinen Willen durch Einholung einer Niederlassungs- oder Aufenthaltsbewilligung kund gegeben hat, *tatsächlich aufhalten*, er muss dort « wohnen ». Eine Anfrage von Schweizern im Auslande, ob ihnen gestattet sei, an der Abstimmung über die Bundesverfassung von 1874 an schweizerischen Grenzorten teilzunehmen, hat der Bundesrat verneint, weil das Stimmrecht nur von solchen Schweizern ausgeübt werden könne, die als Bürger, Niedergelassene oder Aufenthalter in der Schweiz wohnen²⁾. — Die blosse Erklärung eines

¹⁾ Salis, Nr. 834 a.

²⁾ Salis, Nr. 809.

im Ausland wohnenden Schweizerbürgers, in einer bestimmten Gemeinde der Schweiz sein politisches Domizil zu nehmen, vermag den wirklichen Wohnsitz nicht zu ersetzen¹⁾. — Eine Verstärkung des Prinzips der Ausübung der politischen Rechte am Wohnort bildet der Satz: Niemand darf in mehr als einem Kanton politische Rechte ausüben. Um also bei kantonalen Wahlen und Abstimmungen teilnehmen zu können, muss man in demjenigen Kanton, in welchem jene stattfinden, wohnhaft sein. Die citirte Verfassungsbestimmung brachte der Bundesrat gegenüber Tessinern zur Anwendung, die, trotzdem sie in andern Kantonen zur Ausübung politischer Rechte zugelassen waren, an kantonalen Wahlen im Tessin teilgenommen hatten²⁾.

Die Vorschrift der alleinigen Stimmberechtigung am Wohnort ist eine *absolut zwingende* und darf von den Kantonen nicht ausser acht gelassen werden^{3) 4)}. Eine Ausnahme von diesem Grundsatz enthält das Bundesgesetz vom 20. Dezember 1888 zu Gunsten derjenigen Stimm-

1) Salis, Nr. 813.

2) Salis, Nr. 834 III 1.

3) Salis, Nr. 395.

4) Am 16. Juni 1893 hat das Volk des Kts. Tessin folgende Verfassungsnovelle angenommen: Die Tessiner im Ausland, die zu einer im Haushaltregister einer Gemeinde des Kantons eingetragenen Haushaltung gehören, üben das Stimmrecht in dieser Gemeinde aus, unter Vorbehalt der Fälle, in denen das Gesetz sie vom Stimmrecht ausschliesst.

Gegenüber dem früheren Recht wird dadurch die Neuerung eingeführt, dass nicht nur den *periodischen* Auswanderern im Tessin ihr Stimmrecht erhalten bleiben soll, sondern es wird nunmehr auch den *dauernd* Ausgewanderten das Stimmrecht in kantonalen Angelegenheiten gewährt. Der B.-R. schlägt in seiner Botschaft vom 31. Mai 1895 den eidg. Räten die Genehmigung dieses tessinischen Gesetzes vor, B.-Bl. 1895 III 217 ff. Die Motivirung seines Vorschlages entnimmt der B.-R. dem dem Staatsrat des Kts. Tessin erstatteten Rechtsgutachten von Prof. v. Salis, welches Gutachten grössern Theils wörtlich in die Botschaft übergegangen ist, ohne übrigens in der Botschaft citirt zu werden. S. die trefflichen und erschöpfenden Ausführungen des eidg. Justiz- und Polizeidepartements in seinem gedruckten, aber nicht publizirten Entwurf zu einer

berechtigten, welche sich bei eidgenössischen Wahlen und Abstimmungen im Militärdienst befinden ¹⁾).

Was die *Dauer* des sich Aufhaltens oder Wohnens anbelangt, so besteht eine Vorschrift nur bezüglich der kantonalen Wahlen und Abstimmungen, während es an einer Bestimmung, welche eine gewisse Dauer des Aufenthaltes oder der N. als Bedingung der Zulassung zu den eidgenössischen Wahlen und Abstimmungen festsetzen würde, mangelt.

a) In seinem Bericht über eine beanstandete Nationalratswahl bemerkte der Bundesrat, es bedürfe nach dem geltenden Bundesrecht zur Teilnahme an einer *eidgenössischen* Wahl oder Abstimmung des Wohnsitzes im betreffenden Wahlkreise; der Wohnsitz als Ortsbürger, Niedergelassener oder Aufenthaltler sei aus tatsächlichen Momenten zu erkennen. Dazu gehöre wohl auch eine bestimmte Dauer des Aufenthaltes, des Verweilens in einer Gemeinde. Es liege aber nicht in der Befugnis der Kantone, hiefür eine bestehende, von der Bundesverfassung und Bundesgesetzgebung nicht vorgesehene Grenzlinie zu ziehen ²⁾. — Auf eine Anfrage des Staatsrates von Waadt antwortete der Bundesrat, dass sich der Wohnsitz aus faktischen Momenten erkennen lasse, wie z. B. auch aus dem längeren Verweilen an

Botschaft des B.-R. an die B.-Versammlung vom 1. Juni 1894. Hier findet diese Frage eine gründliche und unbefangene Erörterung, welche sich von der eine *Parteischrift* zur Grundlage nehmenden Botschaft des B.-R. vom 31. Mai 1895 vorteilhaft unterscheidet. Vom *Rechtsstandpunkt* aus betrachtet, sind die Ausführungen des Entwurfes zweifellos unanfechtbar. Es ist gestattet, anzunehmen, der B.-R. habe bei der Aneignung der v. Salis'schen Ausführungen in seiner Botschaft sich ausschliesslich von Gesichtspunkten der Politik, nicht aber des Rechts, leiten lassen, denn das genannte tessinische Gesetz, welchem die B.-Garantie erteilt werden soll, steht in direktem Gegensatz zu der konstanten Praxis der B.-Behörden.

¹⁾ Nicht jedoch zu Gunsten der in Art. 4 leg. cit. genannten Beamten und Angestellten, s. Salis II 598, Anm. 1, vgl. überhaupt Nr. 814.

²⁾ Salis, Nr. 810.

einem Orte. «Aber es ist sehr wohl möglich, dass einer an einem Orte seinen Wohnsitz nimmt und deshalb zur Teilnahme an einer eidgenössischen Wahl zugelassen werden muss, ohne dass er längere Zeit am betreffenden Orte oder im betreffenden Kreise¹⁾ verweilt hat. Es kommt auf die Realität des Wohnsitzes an, d. h. darauf, ob nach der wirklichen Intention des Bürgers und den faktischen Verhältnissen auf reelle Wohnsitznahme geschlossen werden kann. Als Element der Interpretation wird hiebei namentlich auch das tatsächliche Aufgeben eines früheren Wohnsitzes erscheinen müssen»²⁾. Diese Interpretationen bedürfen aber vorsichtiger Anwendung. Was ist unter «reeller Wohnsitznahme» zu verstehen? Wenn sich Jemand aus irgend einem Grunde, vielleicht gerade um stimmen zu können, in einer Gemeinde, in der er sich z. B. in Berufsgeschäften aufzuhalten gezwungen ist, eine Aufenthaltsbewilligung verschafft, so muss er doch wohl zur Wahl oder Abstimmung zugelassen werden, obwohl in diesem Fall der Betreffende offenbar nicht die Absicht des ständigen Aufenthaltes hat; von reeller Wohnsitznahme und tatsächlichem Aufgeben eines früheren Wohnsitzes kann hier doch nicht gesprochen werden. Jedenfalls ist aber unzulässig zu verlangen, der Schweizerbürger müsse nicht nur im Besitze einer Niederlassungs- oder Aufenthaltsbewilligung, sondern auch «wirklich domiliziert» sein³⁾.

b) Was die *kantonalen* Wahlen und Abstimmungen betrifft, so ist nur so viel sicher, dass zur Stimmrechtsausübung ein *ununterbrochener Wohnsitz von drei Monaten* seit der Einreichung des Gesuches um die Niederlassungsbewilligung verlangt werden kann.

1) Über den Wohnsitz im Wahlkreise s. Salis, Nr. 808.

2) Salis, Nr. 811 I.

3) Salis, Nr. 812. Vermutlich schwebt dem B.-R., wenn er von Wohnsitz, Domizil etc. spricht, auch hier der Begriff des privatrechtlichen Wohnsitzes vor.

Den Willen des ständigen Aufenthaltes am Niederlassungsorte wird zwar der Niedergelassene in der Regel besitzen; wenn er ihn aber nicht besitzt, so wird ihm doch das Stimmrecht nicht verweigert werden können. Jedenfalls ist derjenige, der seinen Wohnsitz aus politischen Gründen in irgend eine Gemeinde verlegt, in dieser nach einer N. von drei Monaten stimmberechtigt. Nach der Ansicht des Bundesrates kann sich die kantonale Regierung allerdings vorbehalten, die Beweggründe zu einem Domizilwechsel in der Richtung zu prüfen, ob nicht der Wille einen neuen Wohnsitz zu nehmen, bloss vorgespiegelt werde ob es sich nicht etwa im konkreten Falle um ein fiktives, ein Scheindomizil handle, durch welches einzig und allein politische Zwecke, die Ausübung des Stimmrechts, an einem Orte erreicht werden wollen, während das wirkliche Domizil des betreffenden Bürgers an einem andern Orte fortbestehe¹⁾, und in der Tat mag es sehr erwünscht sein, gewisse Wahlkniffe²⁾ zu verunmöglichen; da aber, wie der Bundesrat ausdrücklich konstatirt hat, statthaft ist, dass ein Bürger sich aus politischen Gründen an einem andern Ort niederlasse, und da ja die N. auch demjenigen, der die Absicht des dauernden Aufenthaltes am Niederlassungsorte nicht hat, nicht verweigert werden darf, so wird bei dem Mangel an Bestimmungen über die Dauer des Aufenthaltes am Niederlassungsorte im einzelnen Fall die Entscheidung darüber, ob ein «Scheindomizil» vorliege oder nicht, erheblichen Schwierigkeiten begegnen und der Willkür der Behörden ein weitausgedehnter Tummelplatz erschlossen³⁾. — Studierende, auch wenn sie am Studienorte nicht domizilirt sind (im civilrechtlichen Sinne), sollten an demselben zu kantonalen Wahlen und Abstimmungen zugelassen werden,

1) Salis II 639/40.

2) Z. B. das Institut der Wahlknechte im Kt. Luzern.

3) Vgl. Salis, Nr. 834 II 1.

sofern sie drei Monate niedergelassen sind; ebenso ist kein Grund vorhanden, Polizeisoldaten nicht an dem Orte, wo sie stationirt sind, stimmen zu lassen, sondern nur da, wo sich ihr «häuslicher Herd» befindet¹⁾; im letztern Fall werden nämlich Studierende und Polizeisoldaten gerade vom Stimmrecht an dem Orte ausgeschlossen, an welchem sie sich tatsächlich aufhalten, und an welchem sie ihren Wohnsitz im öffentlichrechtlichen Sinne haben²⁾. —

Die Rechte, welche die Ortsbürger in der Bürgergemeinde in *rein bürgerlichen Angelegenheiten* ausüben, sind keine politischen Rechte. Wenn daher die Bürger, welche ihren Wohnsitz nicht in ihrer Heimatgemeinde haben, in dieser in rein bürgerlichen Angelegenheiten stimmen, so liegt hierin keine Ausnahme vom Prinzip der Stimmberechtigung am Wohnsitze.

Die Kantone sind kompetent, die Niedergelassenen, Kantonsbürger und Kantonsfremde, vom Mitanteil an Bürger- und Korporationsgütern und vom Stimmrecht in rein bürgerlichen Angelegenheiten auszuschliessen. Da die Bundesverfassung auch hier nur das Mindestmass desjenigen aufstellt, was die Kantone den Niedergelassenen gewähren müssen, so steht ersteren frei — die Bundesverfassung bemerkt dies noch ausdrücklich — den Niedergelassenen sowohl Nutzung der Gemeindegüter, wie Stimmrecht in ökonomischen Angelegenheiten unter den ihnen am geeignetest erscheinenden Bedingungen zu gestatten³⁾.

¹⁾ Salis, Nr. 834 III 4—7.

²⁾ Nach dem hier vertretenen Standpunkt müssten diejenigen Bürger, welche sich, wenn auch nur zu vorübergehendem Zweck, in irgend einer Gemeinde aufhalten, während der eigentliche Mittelpunkt ihres bürgerlichen Lebens in ihrer Heimatgemeinde liegt, in welche sie jeweilen wieder zurückkehren, in der ersten Gemeinde stimmberechtigt sein, sofern sie in derselben förmliche N. genommen haben, s. Salis, Nr. 792, 2. Dagegen sind sie dann während jener Zeit in ihrer Heimatgemeinde nicht stimmberechtigt; vgl. Salis, Nr. 795.

³⁾ Salis, Nr. 363.

Da die Niedergelassenen das Stimmrecht erst nach einer Niederlassung von drei Monaten erwerben, so ist denjenigen, welche ihren Wohnsitz in eine andere Gemeinde verlegt haben, aber noch nicht drei Monate niedergelassen sind, unmöglich zu stimmen. Um diesem Übelstande abzuhelpen, gestattet der Bundesrat Schweizerbürgern, welche das Erfordernis des dreimonatlichen Wohnsitzes nach der N. nicht aufweisen können, bis zu dessen Erlangung das Stimmrecht an ihrem früheren Wohnsitz auszuüben; der Bürger könne lediglich dieses Wechsels wegen seines Aktivbürgerrechtes nicht beraubt sein¹⁾.

Die Niedergelassenen, Kantonsbürger wie Kantonsfremde, besitzen seit 1848 die *passive Wahlfähigkeit* zu allen *kantonalen* Ämtern und seit 1874 auch zu den *Gemeindestellen* der politischen Gemeinden und zwar sogleich nach Ablauf der dreimonatlichen Niederlassungsfrist^{2) 3)}. Die Bestimmung des waadtländischen Gemeindegesetzes vom 26. Mai 1862, wonach die Mehrheit der Mitglieder des Gemeinderates Gemeindebürger sein mussten, hob der Bundesrat anlässlich eines Rekurses im Jahre 1876 auf, indem er in Erwägung zog, dass nach Art. 43 Abs. 4 den Gemeindebürgern bei der Bestellung der Gemeindebehörden kein Privilegium eingeräumt werden dürfe; dabei mache es keinen Unterschied, ob eine einheitliche Verwaltung für die bürgerlichen Güter und für die Einwohnergemeinde bestehe. «Obwohl in einer solchen Organisation im ganzen eine Begünstigung des Einwohnerprinzips liegt,

¹⁾ Salis, Nr. 834 II 1, Nr. 789, 2. Im Grunde genommen sollte dem seit drei Monaten im Kanton niedergelassenen Schweizerbürger, wenn er sich in einer andern Gemeinde desselben Kantons niederlässt, bei kantonalen Wahlen und Abstimmungen die Frist von drei Monaten nicht von neuem berechnet werden; dagegen wird er in den Angelegenheiten der neuen N.-Gemeinde erst nach drei Monaten stimmberechtigt.

²⁾ Blumer-Morel, 1891, S. 395, 396.

³⁾ Vgl. B.-Bl. 1867 I 630.

so erhält deshalb der Kanton Waadt doch nicht das Recht, gewissermassen als Ersatz oder zur Ausgleichung der gemachten Einräumungen, die politische Gleichstellung der Schweizerbürger in einer andern Richtung zu schmälern, wo diese durch die Bundesverfassung ausdrücklich garantiert wird; die Kantonalgesetzgebungen können nach den Schlussworten des angeführten Artikels der Bundesverfassung nur die noch zugelassenen Beschränkungen mildern oder wegfallen lassen »¹⁾.

Nach Art. 47 der Bundesverfassung soll ein Bundesgesetz über die politischen Rechte der *schweizerischen Aufenthalter* die näheren Vorschriften aufstellen. Dasselbe ist zur Zeit noch nicht zu Stande gekommen; somit sind die kantonsfremden Aufenthalter in kantonalen und Gemeindeangelegenheiten nicht stimmberechtigt, sofern ihnen die Kantone nicht aus freien Stücken Stimmrecht verleihen²⁾.



III. Der Ausweis über die Stimmberechtigung.

Der Schweizerbürger nimmt an allen *eidgenössischen* Wahlen und Abstimmungen an seinem Wohnsitze Anteil, nachdem er sich über seine *Stimmberechtigung gehörig ausgewiesen hat*.

Durch seinen Rekursentscheid vom 31. Januar 1876 interpretirte der Bundesrat diese Bestimmung dahin, dass der Ausweis der Stimmberechtigung durch die Bescheinigung des Besitzes des Schweizerbürgerrechtes und der Zurücklegung des 20. Altersjahres geleistet werde. Zwar wurde

¹⁾ Salis, Nr. 791.

²⁾ Salis, Nr. 788, vgl. Nr. 391a. An seiner gelegentlich der Prüfung des tessinischen Gesetzes vom 17. Mai 1878 betreffend die Ausübung der politischen Rechte der Niedergelassenen und Aufenthalter kundgegebenen Ansicht, dass alle Aufenthalter (gleichviel ob sie im Heimatkanton wohnen, oder ob sie Bürger eines andern Kantons seien) gleich gehalten werden müssen, was die politischen Rechte betreffe, hat der Bundesrat demnach nicht festgehalten. Salis, Nr. 395.

diese Entscheidung vor die Bundesversammlung gezogen; da sich aber Nationalrat und Ständerat nicht einigen konnten, trat der bundesrätliche Beschluss in Kraft. Die Erwägungen, welche den Bundesrat bei seiner Entscheidung leiteten, und denen sich der Nationalrat im wesentlichen anschloss, waren folgende: Die Frage, ob ein niedergelassener Schweizerbürger für die Ausübung des Stimmrechts in eidgenössischen Angelegenheiten in das Stimmregister am Wohnorte eingeschrieben werden müsse, sei gemäss Art. 5 des Bundesgesetzes betr. eidgenössische Wahlen und Abstimmungen vom 19. Juli 1872 zu bejahen, indem darin bestimmt sei, dass jeder in einer Gemeinde wohnende Schweizerbürger von Amtes wegen in das Stimmregister eingetragen werden müsse, insofern nicht die Beweise dafür vorlägen, dass er nach den Gesetzen des Kantons vom Aktivbürgerrecht ausgeschlossen sei. Diese Bestimmung, wonach also der Beweis dafür, dass ein Bürger sich nicht im Aktivbürgerrechte befinde, dem dritten Einsprecher bzw. der Behörde obliege, widerspreche dem Wortlaute des Art. 43 der Bundesverfassung von 1874 nicht; denn Art. 43 Abs. 2 schreibe nicht vor, wie dieser Ausweis geleistet werde, resp. in welchem Umfange er zu leisten sei, ob z. B. schon eine Bescheinigung über das Schweizerbürgerrecht und über das Alter von 20 Jahren genüge. Der Bundesrat verweist auf die Bestimmung des Art. 74 der Bundesverfassung, welcher das Stimmrecht bei eidgenössischen Wahlen und Abstimmungen bloss an die zwei Bedingungen knüpfe, dass der Bürger das 20. Altersjahr zurückgelegt habe, und dass er im übrigen nach der Gesetzgebung des Wohnsitzkantons nicht vom Aktivbürgerrecht ausgeschlossen sei; auch hier werde nicht gefordert, dass er durch förmliche Atteste über den Besitz des Aktivbürgerrechts sich ausgewiesen habe. Art. 74 habe schon als Art. 63 in der Bundesverfassung von 1848 figurirt, und man habe ihn in Art. 5 des Bundesgesetzes von 1872 da-

hin interpretirt, dass der *Besitz des Aktivbürgerrechts zu präsumiren* sei.

Im ständerätlichen Kommissionsbericht wird dagegen der Beweis zu führen gesucht, dass unter der Bundesverfassung von 1848 trotz der angeblichen Präsumtion des Aktivbürgerrechts die Beweislast auf Seiten des betreffenden Individuums gelegen habe, da die Kantone nach Art. 41 für die Niederlassungsbewilligung vom Niederlassungsbewerber ausser dem Heimatschein eine Bescheinigung über den Besitz der bürgerlichen Rechte und Ehren hätten verlangen können. Laut Art. 45 der Bundesverfassung von 1874 jedoch müsse die N. gegen Deponirung eines Heimatscheines gestattet werden, welcher zwar den Nachweis über das Schweizerbürgerrecht und das Alter des Niedergelassenen liefere, das Requisit der bürgerlichen Rechte und Ehren dagegen sei für die Erteilung der N. weggefallen. Diese Lücke ergänze Art. 43 der Bundesverfassung in bewusster Abänderung des Art. 42 der Bundesverfassung von 1848: der Schweizerbürger übt bei eidgenössischen Wahlen und Abstimmungen sein Stimmrecht aus, nachdem er sich über seine Stimmberechtigung gehörig ausgewiesen hat. Mit der neuen Bundesverfassung in Widerspruch stehende Bestimmungen eidgenössischer Gesetze seien gemäss Art. 2 der Übergangsbestimmungen ausser Kraft getreten, und damit werde die Berufung auf Art. 5 des Bundesgesetzes vom 19. Juli 1872 hinfällig¹⁾.

Unzweifelhaft steht die Einfügung des streitigen Passus in Art. 43 im Zusammenhang mit der Streichung des ehemaligen Requisites der N., des Besitzes der bürgerlichen Ehrenrechte²⁾. Tatsächlich lag bis 1874 die Beweislast bei den Bürgern, wenigstens was die Niedergelassenen betrifft³⁾; dagegen führte das Bundesgesetz von 1872 in der

¹⁾ Salis, Nr. 797.

²⁾ Der Passus erscheint zum ersten Mal in der bundesrätlichen Botschaft betreffend Revision der Bundesverfassung, B.-Bl. 1870, II, 706.

³⁾ Von den in ihrer Heimatgemeinde wohnhaften Ortsbürgern wird den Behörden in der Regel bekannt sein, ob sie stimmberechtigt sind oder nicht.

Tat eine Präsumtion der Stimmberechtigung zu Gunsten der Aufenthalter ein, sofern nämlich die Kantone den Aufenthalt ohne Ausweis über den Besitz der bürgerlichen Rechte und Ehren gestatteten, was allerdings zu vermuten ist. Nachdem die Bundesverfassung von 1874 jenes Erfordernis der N. gestrichen hatte, so wäre die Präsumtion Niedergelassenen und Aufenthaltern zu gute gekommen, wobei allerdings die in der Heimatgemeinde wohnhaften Ortsbürger eine weniger begünstigte Stellung eingenommen hätten, wenn nicht Art. 43 die Präsumtion aufgehoben und gleiches Recht für alle Schweizerbürger, Ortsbürger, Niedergelassene und Aufenthalter geschaffen hätte. In welcher Weise der Ausweis über die Stimmberechtigung bei eidgenössischen Wahlen und Abstimmungen zu leisten sei, wird freilich in der Bundesverfassung nicht ausdrücklich gesagt. Die Entwürfe zu den Gesetzen über die politische Stimmberechtigung der Schweizerbürger von 1874, 1877 und 1882 versuchten die Frage im Sinne der bundesrätlichen Entscheidung zu lösen, indem sie festsetzten, der Ausweis betreffend die Stimmberechtigung werde durch die Vorweisung einer Bescheinigung über das Schweizerbürgerrecht und das gesetzliche Alter geleistet, und die Ausschlussgründe müssten von der einsprechenden Person oder Behörde bewiesen werden ¹⁾.

Die bundesrätliche Entscheidung sowohl wie die Bestimmungen der citirten Entwürfe finden den Beifall von Dr. Kunz. Die Frage, ob der Petent der Registerbehörde beweisen müsse, dass auf ihn keiner der Ausschlussgründe von der Ausübung des Stimmrechts zutrefte, beantwortet dieser Autor folgendermassen: « Eine solche Anforderung stände im Widerspruch mit dem politischen Gedanken, der die Konstruktion des demokratischen unmittelbaren Staats-

¹⁾ Salis, II, S. 482, 488, 491. Der Entwurf von 1877 schwächt übrigens die Präsumtion ab, ebenso der Entwurf eines Bundesgesetzes betreffend die eidgenössischen Wahlen und Abstimmungen vom Jahre 1885. Salis II, 558. Blumer-Morel, 1891, S. 393, 394.

organs beherrscht: dass der Staat ohne Auswahl jeden zum Teil desselben machen will, der die gesetzliche Qualifikation besitzt. Jeder Qualifizierte hat einen Anspruch darauf, bis auf weiteres als Aktivbürger angesehen zu werden. Glaubt die Registerbehörde, dass in casu trotz vorhandener Qualifikation die Eigenschaft als Aktivbürger aus besonderen Gründen fehle, so hat sie hiefür den Beweis zu erbringen. Der dem Stimmberechtigten durch die Verfassung auferlegte Nachweis besteht lediglich in demjenigen seiner Qualifikation, und diese setzt sich nach Bundesverfassung Art. 74 einzig zusammen aus der Eigenschaft als Schweizerbürger und als zwanzigjähriger Mann » ¹⁾.

Dem gegenüber ist zu erwidern, dass derjenige, welcher sich über den Besitz dieser beiden Eigenschaften ausweist, noch nicht den Beweis seiner Stimmberechtigung leistet, sondern nur dafür, dass er die Qualifikation zum Aktivbürger besitzt. Aktivbürgerrecht, bzw. Qualifikation dazu, und Stimmberechtigung sind aber von einander zu unterscheiden. Nicht jeder Aktivbürger ist stimmberechtigt ²⁾; die Bundesverfassung verlangt aber mit klaren Worten von jedem, der stimmen will, den Ausweis über die *Stimmberechtigung*. Es ist möglich, dass diese Anforderung im Widerspruch mit dem politischen Gedanken, der die Konstruktion des demokratischen unmittelbaren Staatsorgans beherrscht, steht; es soll ferner nicht bestritten werden, dass sie in der Praxis auf erhebliche Schwierigkeiten stösst, aber sie ist jedenfalls da, und zwar kann ihre Existenz nicht auf eine ungenaue Redaktion zurückgeführt werden, wie die Kommission des Ständerats sehr richtig bemerkt hat. Übrigens scheint mir dass dem Satz, jeder Qualifizierte habe einen Anspruch darauf, « bis auf weiteres » als (stimmberechtigter) Aktivbürger angesehen zu werden, nur der Wert einer Behauptung zukomme ³⁾. Der Bundesrat selbst scheint das Bedürfnis des

¹⁾ Kunz, das zürcherische und eidgenössische Aktivbürgerrecht, 1892, S. 73.

²⁾ Kunz, a. a. O. S. 74/75.

³⁾ Die oben angeführten Entwürfe präsumieren den Besitz des Stimmrechts auch dann, wenn es sich um kantonale Wahlen oder Abstimmungen handelt.

Ausweises, dass derjenige, der stimmen will, nach der Gesetzgebung des Wohnsitzkantons das Stimmrecht besitze, wenigstens in gewissen Fällen anzuerkennen. Die Behörden sollen, wie aus einem Entscheid vom Jahre 1882 hervorgeht, den Nachweis der bürgerlichen Rechte dann zu verlangen befugt sein, wenn besondere Gründe den Besitz zweifelhaft erscheinen lassen ¹⁾.

Bei eidgenössischen Wahlen und Abstimmungen ist jeder zwanzigjährige Schweizer stimmberechtigt, sofern er nach der Gesetzgebung des Wohnsitzkantons nicht vom Aktivbürgerrecht ausgeschlossen ist. Ebenso hängt bei kantonalen Wahlen und Abstimmungen die Stimmberechtigung des niedergelassenen Schweizerbürgers von der Gesetzgebung des Niederlassungskantons ab.

Da über den Entzug des Aktivbürgerrechtes oder die Einstellung in demselben in den verschiedenen Kantonen verschiedene Vorschriften bestehen, so erhebt sich die Frage welches kantonale Recht denn mit Bezug auf das Aktivbürgerrecht Geltung habe, falls ein Schweizerbürger seinen Wohnsitz in einen andern Kanton verlegt, dessen Recht mit dem des früheren Wohnsitzes nicht übereinstimmt. Zwei Fälle können hier eintreten. Aus einem Kanton, der an eine bestimmte Tatsache die Folge des Verlustes des Aktivbürgerrechtes knüpft, verlegt ein Schweizerbürger, dem gegenüber diese Tatsache eingetreten ist, seinen Wohnsitz in einen Kanton, der jene Folgen nicht kennt, und umgekehrt. Welches kantonale Recht ist für die Eintragung in das Stimmregister massgebend? Praktisch ist die Frage geworden bei der Beurteilung der Wirkung des Konkurses auf das Stimmrecht des Konkursiten. In einer bundesrätlichen Entscheidung wird angenommen, diese Wirkung des Konkurses richte sich nach

Ohne Zweifel ist der Bund zum Erlass einer solchen Bestimmung befugt. Zur Zeit sind jedoch die Kantone nicht verpflichtet, die Stimmberechtigung ihrer Angehörigen und Niedergelassenen zu präsumiren. Übrigens wären wohl in diesem Falle die Kantonsangehörigen den Kantonsfremden gegenüber erheblich schlechter gestellt, s. oben S. 237.

¹⁾ Salis, Nr. 798, 799, S. 22.

der Gesetzgebung des Konkursortes. Ihre Motivierung fand die Entscheidung darin, dass bei Entzug des Aktivbürgerrechts wegen Konkurses sowohl das Vorhandensein wie das Mass der Verschuldung nur durch die Behörden am Ort des Konkurses ermittelt werden könnten, dass die Aufhebung des Konkurses, sowie die allfällige frühere Wiedereinsetzung in das Aktivbürgerrecht durch die Behörde des Konkursortes vollzogen werden müssten, dass aus der gegenteiligen Ansicht mannigfache Verwirrungen entstünden, indem ein Konkursit in seiner Heimat und in einzelnen anderen Kantonen stimmberechtigt sein könnte, in andern dagegen nicht. Dieser Begründung opponirte die Kommission des Nationalrates für Prüfung der Geschäftsführung des Bundesrates, welche es nicht für zulässig erachtete, dass die politische Handlungsfähigkeit, als welche sich der Besitz des Aktivbürgerrechts darstelle, während des Aufenthaltes in einem Kanton von den Gesetzen eines andern beherrscht werde; darüber hätten im Gegenteil die Verfassungen und Gesetze des Domizils ausschliesslich zu bestimmen. Die Kommission wies auf die Folgen der bundesrätlichen Ansicht hin, wonach in denjenigen Kantonen, welche den Entzug des Aktivbürgerrechts wegen Konkurses gesetzlich aufgestellt hätten, die Niedergelassenen aus anderen Kantonen, welche diese Zurücksetzung entweder nicht aussprächen oder nur für eine bestimmte Zeit verfügten, im Stimmrecht wesentlich besser gestellt würden als die eigenen Kantonsangehörigen¹⁾. Anlässlich eines Rekurses aus dem Kanton Bern scheint sich dann der Bundesrat die Ansicht der nationalrätlichen Kommission ebenfalls angeeignet zu haben, von der Erwägung ausgehend, dass z. Z. noch die Gesetzgebung des Wohnortkantons in Betreff des Ausschlusses vom Aktivbürgerrecht die Rechtsnorm bilde²⁾.

¹⁾ Salis, Nr. 803.

²⁾ Salis, Nr. 804.



Inhaltsverzeichnis.

	Seite
1. Die Niederlassungsfreiheit.	
I. Historische Einleitung	3
II. Das Recht auf Niederlassung	20
III. Die Bedingungen der Ausübung des Rechts	52
IV. Kanzleigebühren	71
V. Der Aufenthalt	72
2. Die Handels- und Gewerbefreiheit.	
I. Die Beseitigung der Verkehrsschranken im Innern der Eid- genossenschaft	76
II. Kurze Übersicht über die gewerberechtlichen Systeme	83
III. Das individuelle Recht des Art. 31	94
IV. Die Stellung der Gewerbepolizei nach der Bundesverfassung	116
V. Die Vorbehalte	125
VI. Die kantonale Gewerbepolizei	144
VII. Handelsreisende und Hausierhandel	153
VIII. Die wissenschaftlichen Berufsarten	169
IX. Das Wirtschaftsgewerbe und der Kleinhandel mit geistigen Getränken	195
3. Die Praxis betreffend die politischen Rechte der Niedergelassenen und Aufenthalter gemäss Art. 43 und 47 der Bundesverfassung.	
I. Die Ausscheidung der Kompetenzen zwischen Bundesrat und Bundesgericht	218
II. Die Praxis betreffend das politische Domizil der Niedergelassenen und Aufenthalter	222
III. Der Ausweis über die Stimmberechtigung	234



Bertheau, Theodor,

Die bundesrechtliche Praxis betreffend die Niederlassungsfreiheit,
Gewerbefreiheit und politische Stimmberechtigung

1895

Helv. 168 u

urn:nbn:de:bvb:12-bsb11627477-2